

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO**  
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Tesis que presenta Juan Carlos Benalcázar Guerrón para obtener el grado de  
Doctor en Derecho

**MÉXICO D.F. 2010**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Dedicatoria:*

*A mi madre Magdalena, como siempre, por su decisivo apoyo a mi formación profesional.*

*A Rosario Olmedo Cisneros y familia, por su solidaridad y cariño.*

*A mi queridas hijas Carmen Sofía y Natalia Carolina, fuentes inacabables de motivación.*

*Con incommensurable afecto.*

*Agradecimiento:*

*Al doctor Daniel Márquez Gómez, director de esta tesis, no únicamente por su tiempo, consejos y recomendaciones académicas, sino también por su confianza en este trabajo y en su autor.*

# INDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: ESTADO DE DERECHO Y CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....</b>	<b>15</b>
<b>I. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO EN CUANTO FUNDAMENTO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....</b>	<b>15</b>
1. <i>DIVISIÓN DE FUNCIONES Y MUTUO CONTROL ENTRE LOS ÓRGANOS QUE LAS EJERCEN .....</i>	<i>19</i>
2. <i>LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL PODER PÚBLICO.....</i>	<i>29</i>
3. <i>SUBORDINACIÓN AL DERECHO .....</i>	<i>30</i>
4. <i>RECONOCIMIENTO DE DERECHOS, ESPECIALMENTE, DE LOS FUNDAMENTALES... </i>	<i>34</i>
5. <i>EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA .....</i>	<i>40</i>
A. <i>Carácter objetivo .....</i>	<i>43</i>
B. <i>Carácter directo.....</i>	<i>49</i>
C. <i>La responsabilidad del funcionario.....</i>	<i>51</i>
<b>II. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>52</b>
<b>III. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>54</b>
1. <i>DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....</i>	<i>54</i>
2. <i>IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO QUE RESUELVE LAS CONTROVERSIAS ADMINISTRATIVAS .....</i>	<i>64</i>
3. <i>POSIBILIDAD AMPLIA DE JUZGAR A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR SUS ACTUACIONES.....</i>	<i>66</i>
<b>IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LAS CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS .....</b>	<b>70</b>

1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR .....	70
2. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS .....	78
3. LOS RETOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGÚN LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	84

**CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....92**

I. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO PROCESO .....	92
1. DISTINCIÓN ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO .....	92
2. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO MANIFESTACIÓN DE UN FENÓMENO JURÍDICO PROCESAL.....	97
3. EL CARÁCTER IMPUGNATORIO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO....	99
4. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA CONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	103
II. LA MATERIA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	112
1. SOBRE EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	113
2. SOBRE LOS ASUNTOS QUE LAS LEYES EXPRESAMENTE DEFINEN COMO COMPETENCIA MATERIAL DE LOS JUECES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	118
3. ACTOS EXCLUIDOS.....	142
4. ACTOS IMPUGNABLES .....	152

**CAPÍTULO TERCERO: CLASES DE PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.....164**

I. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN O SUBJETIVO .....	165
II. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO OBJETIVO, DE ANULACIÓN O POR EXCESO DE PODER .....	166
III. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD .....	168
IV. LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE MÉXICO Y DE ECUADOR .....	170

V. APRECIACIONES CRÍTICAS SOBRE EL CARÁCTER OBJETIVO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN, OBJETIVO O POR EXCESO DE PODER.....	177
1. SOBRE EL PROPÓSITO DE TUTELA DE LA LEGALIDAD OBJETIVA, INDEPENDIEMENTE DE LOS INTERESES QUE PUDIESE TENER EL DEMANDANTE.....	181
2. SOBRE EL CARÁCTER NO CONTRADICTORIO DEL PROCESO DE ANULACIÓN .....	186
3. EXISTENCIA DE UN DEBATE PLENO SOBRE LOS HECHOS Y EL DERECHO.....	190
4. SOBRE EL ALCANCE ERGA OMNES DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE ANULACIÓN.....	191

**CAPÍTULO CUARTO: LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....198**

I. DEFINICIONES .....	198
II. PARTICULARIDADES DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	201
III. CLASES DE SENTENCIAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS.....	204
1. SENTENCIAS DECLARATIVAS.....	207
2. CONSTITUTIVAS.....	208
3. CONDENATORIAS.....	208
4. EJECUTIVAS.....	208
IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA.....	210
1. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD .....	211
A. Nulidad de actos administrativos.....	211
B. Nulidad de actos normativos.....	220
2. NULIDAD LISA Y LLANA Y PARA EFECTOS .....	227
A. Nulidad para efectos .....	228
B. Nulidad lisa y llana .....	232
C. Reconocimiento y reparación de derechos.....	234
3. EFECTOS ECONÓMICOS: CONDENA EN COSTAS Y CONDENA AL PAGO DE INDEMNIZACIONES.....	235

4. SUSTITUCIÓN DEL ACTO IMPUGNADO EN SU CUANTÍA O CUANDO SE IMPONEN SANCIONES.....	237
5. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE EJECUCIÓN DE LO GANADO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO .....	238

**CAPÍTULO QUINTO: MECANISMOS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....240**

I. EN EL DERECHO MEXICANO .....	243
1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	243
2. SITUACIÓN ACTUAL .....	255
A. Condiciones para que exista incumplimiento de la sentencia.....	255
B. Cumplimiento sustituto.....	261
C. Caso en que sería necesario iniciar un nuevo juicio.....	265
D. Mecanismos de apremio .....	266
E. Recurso de queja .....	268
II. EN EL DERECHO ECUATORIANO .....	269
1. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ADVERSAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	270
2. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ADVERSAS A LA ADMINISTRACIÓN EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO.....	277
3. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.....	281
III. EN EL DERECHO COMPARADO .....	287
1. FRANCIA.....	288
2. ESPAÑA.....	309
IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES SOBRE LOS SISTEMAS ESTUDIADOS .....	362

**CAPÍTULO SEXTO: LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PROBLEMÁTICA DE SU EJECUCIÓN .....371**

I. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS LIMITACIONES DOGMÁTICAS AL PODER EJECUTIVO DE LA JURISDICCIÓN .....	371
1. <i>EL CULTO A UNA INTERPRETACIÓN SUI GÉNERIS DEL PRINCIPIO DE “DIVISIÓN DE PODERES”</i> .....	372
2. <i>EL DOGMA DE LA INEMBARGABILIDAD ABSOLUTA DE BIENES PÚBLICOS</i> .....	377
II. ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNAS SOLUCIONES LEGALES DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS .....	382
1. <i>LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL FUNCIONARIO</i> .....	383
2. <i>LA MEDIDA PENAL</i> .....	387
3. <i>EL MITO DE LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO</i> .....	388
III. PROPUESTAS PARA DISEÑO DE UN MODELO EFICAZ DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ADVERSAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	389
1. <i>REIVINDICACIÓN DEL PODER EJECUTIVO DE LOS JUECES Y TRIBUNALES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</i> .....	390
2. <i>SUSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR EL JUEZ O POR UN TERCERO PARA FORZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA</i> .....	393
3. <i>PREVISIÓN OBLIGATORIA DE CRÉDITOS PRESUPUESTARIOS PARA ATENDER SENTENCIAS DE CARÁCTER PECUNIARIO. COACCIÓN SOBRE EL PATRIMONIO PÚBLICO</i> .....	404
4. <i>POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PARA RESOLVER DIFICULTADES EN EL CUMPLIMIENTO</i> .....	407
IV. VENTAJAS DE UN SISTEMA JUDICIAL EFICAZ DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS .....	409
1. <i>REIVINDICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBORDINACIÓN AL DERECHO Y DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA</i> .....	409
2. <i>REIVINDICACIÓN DEL DERECHO DEL CIUDADANO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL INTERÉS PÚBLICO</i> .....	411
3. <i>OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A CUMPLIR CON LAS SENTENCIAS TAMBIÉN CONTRIBUYE A ADMINISTRAR MEJOR</i> .....	413
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>416</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>426</b>

## **ABREVIATURAS**

### **LEGISLACIÓN MEXICANA**

CFF:	Código Fiscal de la Federación.
CPEUM:	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
LOAPF:	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
LOTFJFA:	Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa.
LFEP:	Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
LFPA:	Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
LFPCA:	Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

### **LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

CPC:	Código de Procedimiento Civil
CPRE:	Constitución Política de la República del Ecuador.
COFJ:	Código Orgánico de la Función Judicial.
CT:	Código Tributario.
ERJAFE:	Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.
LJCA:	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LME:	Ley de Modernización Del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

## INTRODUCCIÓN

En alguna ocasión, cuando me desempeñaba como Asesor del entonces Tribunal Constitucional de la República del Ecuador, el señor Presidente de este órgano jurisdiccional solicitó al equipo de asesores una investigación sobre la manera de hacer cumplir las sentencias que se dictaban en contra de la Administración Pública. El problema que advirtió el señor Presidente era la negativa de cierta institución, que con insolente y descarado desafío, se había opuesto frontalmente a cumplir las obligaciones que se le impusieron en una sentencia. Lastimosamente, esta conducta de desobediencia no era nueva en el Tribunal Constitucional y provocaba más de una dificultad.

Realizada la investigación solicitada, pude constatar que varios autores de diversos países expresaban una gran preocupación sobre la manera de ejecutar las sentencias adversas a la Administración Pública, y que el problema del incumplimiento no era particular del Ecuador. Concretamente, me llamó la atención la existencia de cuestionables privilegios que se otorgaban a la autoridad administrativa frente al Juez, con fundamento en el principio de división de funciones y en la inembargabilidad de bienes públicos, sin dejar de destacar la influencia de una noción del interés general que despegaba un fuerte olor de apego a las conveniencias del aparato administrativo.

En síntesis, pude observar que la problemática de la ejecución de sentencias adversas a la autoridad pública no tenía su principal origen en la deficiencia de las técnicas y medios que contemplan los ordenamientos jurídicos, sino que la causa primera estaba en las consecuencias de una concreta aplicación o interpretación de ciertos principios. La solución a las dificultades del cumplimiento de los fallos judiciales, por tanto, debía empezar por un análisis de dichos postulados y, de ser el caso, en un replanteamiento de sus bases conceptuales. A partir de este análisis y replanteamiento, se podía diseñar un sistema de ejecución eficaz.

Es importante destacar también que la dificultad del cumplimiento de las sentencias desfavorables a la Administración Pública es capaz de producir un profundo desengaño. La labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional resultaba

incompleta, pues persistía la arbitrariedad administrativa, esta vez expresada en el impedimento a la realización práctica de la justicia. No bastaba realizar un estudio esmerado de los expedientes, analizar detenidamente la legislación y la doctrina, y proponer una sentencia que demuestre erudición jurídica y que determine lo que es de derecho en el caso concreto. La labor del Tribunal tropezaba con la realidad de la oposición administrativa y el abuso del poder que, cobijándose en una particular conceptualización de principios jurídicos, terminaba obteniendo privilegios injustificados frente al Juez.

La situación descrita tiene también un importante componente sociológico, a saber, la pérdida de legitimidad social de los tribunales, porque el ciudadano pierde confianza en el sistema de administración de justicia. ¿De qué sirve triunfar ante las ilegalidades que comete la Administración Pública y obtener una sentencia que pretende corregirlas, si no se repara el derecho vulnerado y la sentencia no se cumple? Indudablemente, en esto existe una ruptura del equilibrio de los poderes, porque los tribunales no están capacitados para vencer las resistencias políticas o burocráticas que se esconden tras el fenómeno de desobediencia al fallo judicial. En otros términos, no es tolerable que en el Estado de Derecho, el capricho político –que es expresión de aspectos puramente circunstanciales y variables- pueda derogar la institucionalidad que representan los principios de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública.

En rigor, una sentencia incumplida por la autoridad termina cuestionando la eficacia de los pilares del Estado de Derecho, y de ninguna manera se puede tolerar que los postulados de subordinación al orden jurídico y de la responsabilidad pública dependan del humor del burócrata de turno o de la interpretación ideológica que se tenga de la sentencia.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es trascendental destacar que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como uno de los elementos de su núcleo esencial al cumplimiento ineludible de los fallos judiciales. Este derecho, reconocido en el artículo 17 de la Constitución mexicana y en el artículo 75 de la Constitución ecuatoriana, pugna directamente con la resistencia de la Administración Pública a lo que se le dispone en la sentencia. En atención a

este panorama jurídico, se plantea el problema de la calidad de los mecanismos de ejecución las sentencias adversas a la autoridad, pues de ellos depende la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de que llegan a ser una garantía de este derecho. De igual manera, es necesario confrontar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con aquellos argumentos teóricos que la Administración Pública invoca para ostentar ciertos privilegios frente al Juez, ya que dichos fundamentos son capaces de condicionar a los mecanismos de ejecución de sentencias.

Las reflexiones que anteceden me permiten proponer el tema sobre el cual versará este trabajo de investigación: *la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo*. La principal cuestión que abordaré se expresa mediante la siguiente pregunta inicial: los sistemas de ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, especialmente en México y en Ecuador, ¿responden a la finalidad de control jurídico de la Administración Pública, de modo que hagan eficaces los postulados del Estado de Derecho y efectivamente vigentes los derechos de los administrados?

La asignatura jurídica sobre la cual versará esta investigación es el Derecho Procesal Administrativo. Dentro de esta asignatura, analizaré los fundamentos constitucionales que imponen el cumplimiento de las sentencias en el proceso contencioso administrativo y, de un modo crítico, examinaré los mecanismos que el Derecho ecuatoriano y el Derecho mexicano han previsto para la ejecución de dichas sentencias, cuando son adversas a la Administración Pública.

Es necesario también precisar que el estudio que realizaré se refiere a la ejecución de la sentencias de fondo, pasadas en autoridad de cosa juzgada, y que sean adversas a la Administración Pública. Esta especificación, en primer término, observa que la sentencia de fondo y con autoridad de cosa juzgada constituye el acto de normal terminación del proceso, ya que contiene una decisión definitiva del Juez sobre la controversia sometida a su resolución. La sentencia firme incide en la relación jurídica administrativa y determina que las partes adquieran derechos y obligaciones. Las sentencias susceptibles de recurso y las

providencias judiciales de trámite –como los autos o los decretos- plantean una problemática particular que es ajena al tema de este trabajo.

Por otra parte, también es preciso señalar que las sentencias que interesan al tema de esta investigación son aquellas adversas a la Administración Pública. Esta especificación se debe a que es posible constatar una distinta situación en las sentencias desfavorables para el administrado demandante, pues en estos casos la Administración Pública, en su calidad de autoridad ostentosa del poder público, goza por propio imperio de todos los medios necesarios para hacer cumplir lo dispuesto en la sentencia que le es favorable, incluso, sin necesidad de auxilio judicial.

Hechas las precisiones que anteceden, indico que el análisis crítico que plantea esta investigación exige la formulación de *fundamentos jurídicos* a los que puede acudir para la superación de las dificultades y quiebras que se presentan en la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública. En este sentido, se puede observar que los sistemas procesales de México y Ecuador están influidos por *condicionamientos dogmáticos* que si bien son válidos en sus planteamientos esenciales, en ciertos aspectos pueden ser superados o replanteados decisivamente en aras de una mejor justicia administrativa.

Los principales condicionamientos dogmáticos que serán objeto de crítica y reformulación son, en primer término, ciertas *consecuencias y conclusiones teóricas* que la doctrina pretende derivar del principio de división de funciones, las cuales operan como limitantes de la actuación ejecutiva del Juez sobre la Administración Pública. Además, se hará un análisis sobre el grado de validez que tiene una consagración absoluta del postulado de inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes del Estado. No está por demás indicar que tras ciertas conceptualizaciones tradicionales está presente una idea particular del interés general, que también es necesario abordar de un modo crítico.

Este trabajo de investigación versa principalmente sobre el Derecho mexicano y ecuatoriano. También acudiré al Derecho comparado, pero utilizándolo como una *herramienta de análisis crítico*, especialmente, a través de la observación de cómo la doctrina y legislación de otros países han logrado una

superación de los condicionamientos dogmáticos que inciden en la eficacia de los mecanismos de ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo. Especificado la manera como utilizaré los datos del Derecho comparado, aclaro que me referiré a los sistemas jurídicos que han sido más influyentes en la formación del Derecho Administrativo ecuatoriano y mexicano, a saber, el sistema francés y el español.

El ámbito temporal del presente trabajo se delimita a los ordenamientos jurídicos vigentes, dentro del contexto de los nuevos planteamientos que la doctrina contemporánea expone respecto del proceso contencioso administrativo. No obstante, también es necesario indicar que habrán referencias a antecedentes históricos, únicamente en aquellos aspectos que sean útiles para comprender debidamente a la realidad actual.

El objetivo general que persigo con esta investigación es analizar de modo crítico los sistemas de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo, sobre la base de los postulados del Estado de Derecho y la exigencia de efectiva vigencia de los derechos de los administrados. Los objetivos específicos son los siguientes:

- a. Examinar las ventajas y desventajas que presentan los mecanismos jurídicos de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo, en función de los propósitos de cabal cumplimiento de los postulados del Estado de Derecho y de la efectiva vigencia de los derechos de los administrados.
- b. Analizar y reformular las bases dogmáticas que condicionan la eficacia de los mecanismos de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública.
- c. Identificar los problemas que enfrenta la ejecución de sentencias en el ordenamiento jurídico mexicano y ecuatoriano.
- d. Proponer bases jurídicas para el establecimiento de reformas a los sistemas vigentes. Cabe aclarar que este trabajo de investigación no pretende formular una reforma legal, sino que su propósito es plantear las

bases teóricas que sustentarían a dicha reforma, a través de un replanteamiento del contenido conceptual de ciertos principios.

En atención a la problemática que he identificado, planteo las siguientes hipótesis de trabajo que serán objeto de comprobación:

1. Los mecanismos procesales de ejecución de sentencias constituyen un elemento de garantía de los postulados del Estado de Derecho, y ante todo, de la vigencia y eficacia de los derechos de los administrados.
2. Por tanto, dichos mecanismos procesales deben diseñarse en torno a la realización práctica de aquellos postulados, con especial énfasis en la tutela del administrado. De estos presupuestos depende la calidad jurídica de los sistemas de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo.
3. Los fundamentos dogmáticos que limitan las facultades ejecutivas de la Jurisdicción respecto de la Administración Pública, si bien son válidos en sus planteamientos esenciales, han sido llevados hacia conclusiones e implicaciones que pueden superarse o replantearse. Un decisivo replanteamiento de la base dogmática sobre la que se asienta la función del Juez Administrativo, y concretamente, respecto de los mecanismos de ejecución de sentencias, incidirá en una mejor justicia administrativa.
4. Desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, un sistema inadecuado de ejecución de sentencias constituye un atentado a su núcleo esencial. Este derecho fundamental, por ende, está en capacidad de derogar las limitaciones que los ordenamientos jurídicos establecen a la eficiente ejecución de las sentencias adversas a la Administración Pública.

En lo que se refiere a la metodología, considero que el tema de la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo no puede abordarse únicamente con el procedimiento de glosa y crítica de las disposiciones legales vigentes, sino de un modo más profundo, a través de la identificación y

cuestionamiento de las *bases teóricas* que sustentan el sistema de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo. Al respecto, como ya indiqué, existen *condicionamientos dogmáticos*, que si bien son válidos en sus planteamientos esenciales, han llegado a formular *consecuencias y conclusiones teóricas* que se traducen en limitaciones injustificadas de los poderes de ejecución del Juez sobre la Administración Pública.

Insisto en que no basta la sola glosa y crítica de la legislación vigente. Este método se limitaría a proponer reformas puntuales a ciertas normas procesales que producen disfunciones en el sistema, pero no sería suficiente para fundamentar una reformulación del sistema para que sea coherente con una cabal justicia administrativa. Este propósito de lograr una íntegra justicia administrativa merece el análisis y replanteamiento de la base dogmática que se esconde tras los sistemas de ejecución de sentencias desfavorables a la Administración Pública. Por ello, también señalo que el producto que se pretende lograr con esta investigación, tal como señalé anteriormente al referirme a los objetivos específicos, está en la formulación de una *nueva base teórica*, antes que en la mera propuesta de una reforma legal.

En virtud de lo dicho, en este trabajo identificaré y cuestionaré las *bases teóricas* que sustentan el sistema de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo, para luego contrastar sus consecuencias prácticas con lo que propugnan los principios fundamentales del Estado de Derecho, principios estos que constituyen todo armónico y sistemático. De esta manera, acudiendo al método analítico procederé al examen de las normas positivas que tratan sobre la ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo, con el objeto, no sólo de identificar sus disfuncionalidades, sino más aun, con el propósito de identificar las bases y fundamentos teóricos sobre los que se asientan.

A través del método dogmático, procederé a la confrontación de los sistemas jurídicos a estudiarse respecto de los principios fundamentales del Estado de Derecho y a los postulados de plena vigencia y eficacia de los derechos de los administrados, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva. Este método, de

igual manera, se aplicará para cuestionar los condicionamientos teóricos que limitan las facultades ejecutivas del Juez de lo Contencioso Administrativo.

Este panorama metodológico tiene en cuenta también cuestiones filosóficas, axiológicas y sociales, provenientes del significado de los postulados del Estado de Derecho y de la misión de control jurídico de la Administración Pública, como mecanismo de subordinación de la autoridad al ordenamiento jurídico.

Espero que este trabajo de investigación que se presenta como tesis doctoral constituya un aporte para el mejoramiento de la justicia administrativa, y sobre todo, para la realización de aquel postulado fundamental que se encuentra en la cúspide del Estado de Derecho: la plena y efectiva vigencia de los bienes y valores humanos que jurídicamente se expresan como los derechos de la persona.

# CAPÍTULO PRIMERO

## ESTADO DE DERECHO Y CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### I. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO EN CUANTO FUNDAMENTO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El objetivo de este capítulo es establecer una base teórica que permita apreciar a los principios del Estado de Derecho en cuanto justificación primera del control jurisdiccional de la Administración Pública. En tal virtud, cabe advertir que el análisis que se ofrece en este capítulo no pretende constituirse en un estudio exhaustivo de todos los aspectos e implicaciones del Estado de Derecho, sino que ofrece una síntesis que se adecua al objetivo señalado.

Empiezo por aclarar que, aceptando el criterio de Julio Tobar Donoso, entiendo al Estado según la siguiente definición:

“[...] sociedad política autónoma fundada de modo permanente en territorio propio, dirigida por una estructura jurídica de gobierno, que decide en última instancia, y cuyo fin es la realización plena del bien común temporal de las personas individuales, grupos sociales y entidades políticas subordinadas que constituyen su trama orgánica”.<sup>1</sup>

Como indica el citado autor, el Estado no constituye únicamente la parte del cuerpo político llamada a atender a la promoción del bien común, es decir, al Estado oficial, el poder, la autoridad pública. “El Estado es el mismo Cuerpo Político, la propia sociedad civil organizada para la satisfacción de los anhelos temporales de sus miembros, ya directamente, ya sobre todo, por medio de las sociedades menores que la integran”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Tobar Donoso, Julio, *Elementos de Ciencia Política*, 4a. ed., Quito, EDUC, 1981, pp. 94-95.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 95.

El Estado de Derecho, como define Josef Thesing, es un Estado democrático, cuya actividad se ve determinada y limitada por el Derecho.

“Tiene por objetivo fundamental limitar el poder político en beneficio de la libertad individual. Estado de derecho es aquel Estado ubicado dentro del derecho y que cobra legitimidad a partir de ese mismo derecho. En tal sentido, la noción del Estado de derecho supera el sistema jurídico formal para convertirse en principio ordenador de la democracia como sistema político. Definido en estos términos, el funcionamiento del Estado de derecho es, además, determinante de la cultura política y del consenso de la democracia. En tal sentido, derecho es el conjunto de las reglas políticas institucionalizadas que guían la conducta humana o influyen en la misma. La primacía del derecho y la idea moral de la justicia son los principios esenciales del sistema jurídico práctico.

“Toda reflexión sobre el Estado de derecho incluye siempre una pregunta acerca de la visión de hombre. El Estado de derecho es básicamente referido al ser humano. Por lo tanto son elementos esenciales del Estado de derecho la imagen y la visión subyacente del hombre, de su particularidad, de sus necesidades y posibilidades, de sus límites físicos y psíquicos”.<sup>3</sup>

El Estado de Derecho tiene un significado formal y uno sustancial (o material) que son complementarios. En su significación formal, contiene postulados sobre la universalidad de la ley, la seguridad jurídica, la sumisión de la Administración Pública y de los tribunales a la juridicidad, la división de funciones y la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional y, en general, a los mecanismos de protección jurídica.<sup>4</sup> Estos elementos contrastan nítidamente con esquemas totalitarios y con las características del denominado “antiguo régimen” o Estado absoluto.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Thesing, Josef, “Estado de Derecho y Democracia: una Introducción”, en Thesing, Josef (Comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999, p. 20.

<sup>4</sup> Robbers, Gerard, “El Estado de Derecho y sus Bases Éticas”, en Thesing, Josef (Comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999, pp. 29-30.

<sup>5</sup> Señala Soriano García que el denominado “antiguo régimen” se caracterizó por los siguientes rasgos:

En su significación material, el Estado de Derecho tiene por contenido esencial, en primer lugar, a la garantía de la plena vigencia de los derechos fundamentales. En tiempos contemporáneos, aquella nebulosa idea de “interés público” –que nadie sabía en qué consiste o en dónde está- y que se invocaba muy frecuentemente para justificar cualquier actuación de gobernantes y funcionarios; tiene ahora, por el contrario, un referente preciso en los requerimientos de la vida buena del elemento humano que configura al Estado, pues la persona constituye la causa material y eficiente de toda sociedad política.

En otros términos, el bien común<sup>6</sup> –fin del Estado- o el interés general,<sup>7</sup> no se expresan en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se justifican en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, que jurídicamente se expresan en los derechos que les reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de Derecho y a las funciones y cometidos que debe cumplir.

---

a) Inexistencia de limitaciones jurídicas al poder regio, por lo cual muy impropriamente podría hablarse de un “Derecho Administrativo”;

b) Dependencia de los tribunales del poder del monarca, con la posibilidad de excepcionar las sentencias, reservar su aplicación o incluso someterla lisa y llanamente a la voluntad del gobernante; y,

c) La política como iniciativa exclusivamente regia, ya que únicamente el monarca ostentaba tenía la potestad de definir lo “conveniente para la felicidad de los súbditos”, de modo tal que se aislaba a los vasallos de cualquier acción política.

Véase, Soriano García, José Eugenio, *Los Fundamentos Históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 13-19.

<sup>6</sup> Entendemos por bien común al conjunto de condiciones sociales que permiten a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección. Véase, S.S. Juan XXIII, *Carta Encíclica Mater et Magistra*, [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_sp.html).

El bien común, como destaca Julio Tobar Donoso, “[...] es término genérico que requiere análisis de los elementos que lo componen: orden público, prosperidad material general y valores superiores”. Véase, Tobar Donoso, Julio, *op. cit.* en nota 1, pp. 164-165.

<sup>7</sup> El término interés general, según el contexto en que sea utilizado, puede significar el fin del Estado, esto es el bien común; o también lo que es conveniente a la sociedad como un todo, en un momento o circunstancia determinados. El término “interés general” muchas veces es usado por los políticos o burócratas en un sentido ambiguo, e incluso, como una interpretación ideológica de la realidad social.

A este contenido fundamental –señala Gerhard Robbers- se agregan los principios de proporcionalidad y de primacía del derecho sobre la política. Según el principio de proporcionalidad, toda medida del Estado debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado. De este modo se reconoce a todo individuo su dignidad individual y no se exige de él someterse, sin más, a un agente colectivo. Como dice el autor citado,

“Frente a los legítimos intereses del conjunto de la sociedad, también se asume como legítimo su interés individual. El principio de proporcionalidad es un principio de respeto por todos los intereses, que en caso de conflicto deberán ser ponderados y en lo posible preservados”.<sup>8</sup>

El postulado de primacía del derecho sobre la política significa, según Gerhard Robbers, que la “[...] concreción de lo políticamente deseable debe mantenerse siempre dentro de los carriles del derecho, aun cuando en ciertas ocasiones pueda parecer arduo. Esto no significa que el derecho debe tomar el lugar de la política”, sino que se reclama que la “[...] lucha política se desarrolle en un marco de respeto por el Estado de derecho, y no con actos de violación del mismo. La política puede introducir modificaciones al derecho por la vía del procedimiento democrático; pero éste es a la vez el único procedimiento al que puede remitirse”.<sup>9</sup>

En suma, simplificando mucho, los caracteres del Estado de derecho comprenden los aspectos esenciales de una visión del Estado en función de la persona y no al Estado como fin en sí mismo; la plena subordinación al Derecho, con la consecuente proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público; y, el reconocimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>10</sup> El

---

<sup>8</sup> Robbers, Gerhard, *op. cit.*, en nota 4, p. 31.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Véase Sarría, Consuelo, “Control Judicial de la Administración Pública”, en *Justicia Administrativa*, Tucumán, Ediciones UNSTA, 1981, pp. 18-19. Sala Sánchez, Pascual, “La Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa”, en *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 297.

Estado de derecho, como destaca Consuelo Sarría, es un mecanismo de equilibrio entre las prerrogativas de la autoridad y los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce u otorga a los ciudadanos.<sup>11</sup> En este sentido, el principio de subordinación al Derecho –que trae como consecuencia necesaria la responsabilidad jurídica por los resultados de los actos de autoridad- tiene fundamento en la existencia y garantía de los derechos subjetivos, los cuales comportan un límite al ejercicio del poder público y un elemento al que debe servir y promover la autoridad.

Los caracteres fundamentales del Estado de Derecho, los cuales se entrelazan en un todo armónico y sistemático, permiten comprender aquel postulado de proscripción de la arbitrariedad. Dichos caracteres podrían enumerarse y describirse de la siguiente manera:

### **1. División de funciones y mutuo control entre los órganos que las ejercen**

La explicación de este principio, conocido comúnmente con el equívoco título de “principio de división o separación de poderes”, merece tener presente que el poder público es único, en su naturaleza y carácter, pero que le cumple desempeñar diversas funciones, las cuales se encomiendan a órganos constitucionales diferentes que ostentan la misma calidad de autoridad pública.

La expresión “división o separación de poderes” es equívoca, si por tal se llega entender una suerte de fractura del poder público o un aislamiento absoluto de los órganos que ejercen las funciones constitucionales. La Revolución Francesa, con fundamento en sus principios ideológicos y en razón de particulares circunstancias políticas, planteó una rígida división entre los órganos que ejercen el poder público. Como advierte Soriano García, para la consecución de los ideales revolucionarios se requería de un Ejecutivo fuerte, con un espacio propio e inmune al poder judicial. Se propugna así una tajante separación –o mejor dicho “aislamiento”- entre dichos “poderes”, y se deduce un fundamental principio: *juger*

---

<sup>11</sup> Sarría, Consuelo, *op. cit.*, en nota 10, p. 18.

*l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración es lo mismo que administrar). Según la Ley de la Asamblea Constituyente de 16 de agosto de 1796, a los jueces les estaba vedado interferir (*troubler*) de cualquier manera que sea en la labor administrativa y, de igual modo, les estaba prohibido citar ante ellos a los funcionarios administrativos por razón de sus funciones (*Les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, a peine forfaiture troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions*).<sup>12</sup>

Señala Javier Urrutigoity que la desconfianza de los revolucionarios hacia los tribunales se explica porque en el llamado “Antiguo Régimen” éstos estaban en manos de la nobleza, de modo que se veía en los tribunales a los herederos de dicho “régimen”, quienes podían trabar la revolución. “Tenían experiencia de cómo los Parlamentos (Cortes) habían obstruido, en tiempos de Luis XVI, las reformas que su ministro Turgot trato de implementar”.<sup>13</sup>

Es muy conocido que la base doctrinaria de la “división de poderes” se debe a Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, quien expuso dicha teoría en su famosa obra “El Espíritu de las Leyes”.<sup>14</sup> Montesquieu, explica Carré de Malberg, no propone una distinción de las funciones del poder público en razón de su naturaleza y características, sino que plantea una auténtica *separación orgánica*, que implica, en todo rigor, una *independencia y autonomía*

---

<sup>12</sup> Véase, Soriano García, José Eugenio, *op. cit.*, en nota 5, pp. 36 y 39-40.

<sup>13</sup> Urrutigoity, Javier, “El Derecho Subjetivo y la Legitimación Procesal Administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Ediciones Depalma, 1995, p. 239, nt. 50. En el mismo sentido, Moderne, Franck, “La Evolución de la Justicia Administrativa en Francia”, *Revista del Poder Judicial*, No. 47, tercer trimestre de 1997, Donostia-San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004, versión en CD-ROM.

<sup>14</sup> Como advierte Carré de Malberg, desde antiguo la ciencia política pretendió distinguir las diversas manifestaciones del poder público. Aristóteles distinguía tres operaciones: la deliberación, el mando y la justicia. Pero no se trataba de una teoría de separación de poderes, sino una explicación de la naturaleza de cada manifestación. De igual manera, la teoría de Locke distingue los modos de expresarse el poder, pero tampoco implica una tesis de separación. Véase, Carré de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 741-742.

*entre los diversos órganos públicos, con fundamento en la idea de que existen en el Estado tres clases de poderes. En efecto, señala Montesquieu:*

“Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil.

“Por el primero, el príncipe ó el magistrado hace leyes, para algún tiempo ó para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz ó la guerra, envía ó recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes ó juzga los pleitos de los particulares. Éste último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder ejecutivo del Estado” (sic).<sup>15</sup>

El objetivo de las tesis de Montesquieu es defender la libertad política de los ciudadanos, entendida como “[...] aquella tranquilidad de ánimo que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer á otro”. En tal virtud, critica la concentración del poder porque conduce a la tiranía, al despotismo y a la arbitrariedad:

“Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reunen en la misma persona ó el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca ó el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.

“No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido á la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor.

---

<sup>15</sup> Montesquieu, Charles Louis de Secondat Barón de, *El Espíritu de las Leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, p. 227, t. I, <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00759-el-espiritu-de-las-leyes-montesquieu-tomos-i-y-ii.html>.

“Todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares” (sic).<sup>16</sup>

La doctrina de la “separación de poderes”, además de defender la libertad del ciudadano, pretende destacar mecanismos que logren un régimen de pesos y contrapesos entre las autoridades, o como dice Montesquieu, para que haya un gobierno moderado y un estado de cosas en que el poder detenga al poder:

“La democracia y la aristocracia no son Estados libres por su naturaleza. La libertad política sólo se halla en los gobiernos moderados; mas no siempre está en ellos, sino únicamente cuando no se abusa de la autoridad; pero se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende á abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites. ¡Quien lo diría! La misma virtud tiene necesidad de límites.

“Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder. Una constitución puede ser tal, que nadie se vea precisado á hacer aquello á que la ley no le obliga, ni á dejar de hacer lo que le permite”.<sup>17</sup>

En su esencia, la idea de moderación en el ejercicio del poder público constituye un fundamento valioso para la organización del Estado de Derecho y para la tutela de los derechos de la persona. Sin embargo, no puede ser de recibo la particular interpretación francesa de la “división de poderes”, o la conceptualización de este postulado como un aislamiento de órganos, o bien, como la existencia de tres especies de poder en el Estado. Como indica Recaredo Fernández de Velasco, la idea francesa de la “división o separación de poderes” se traduce en

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 227-228. Esta relación entre despotismo y concentración de poder se observa también en otros pasajes de la obra de Montesquieu: “[...] los príncipes que han querido implantar el despotismo, han empezado por reunir en su persona todas las magistraturas, y algunos reyes de Europa todos los cargos importantes de su Estado”. *Ibidem*, pp. 228-229.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 225-226.

un *régimen*; mientras que la división de funciones es un *método*.<sup>18</sup> La división de *funciones*, en efecto, no supone la existencia de “varios poderes” en el Estado, o que poder público se fracture en una suerte de alícuotas o cuota partes distribuidas entre los órganos constitucionales, o en fin, que el poder se subdivide en fragmentos de naturaleza jurídica diferente. En la división de funciones existe una misma noción de poder público, como atributo del Estado que se ejerce por órganos distintos, pues aquella división únicamente comporta el reparto constitucional de facultades, competencias y cometidos entre órganos que guardan una debida independencia entre sí, pero siempre manteniendo una mutua colaboración entre ellos.<sup>19</sup>

Señala Carré de Malberg que la teoría de la “división de poderes” no consideró la unidad necesaria y esencial del Estado, ni advirtió sobre la necesidad de que los “poderes” coordinen su actividad asociándose y fundándose en una acción común, de modo que se asegure, mediante esta cooperación, la coincidencia de fines y de resultados que demanda, a su vez, la misma unidad del Estado. Esto sucedió, sin duda alguna, en razón de las vicisitudes políticas que sirvieron de contexto al pensamiento político de la Revolución Francesa, y especialmente, por el rechazo al régimen absolutista.<sup>20</sup> Por otra parte, y como destaca el autor citado, la mayor objeción que se puede formular contra el principio de la “separación de poderes” la proporcionan “[...] las mismas constituciones que han tratado de realizar esta separación según la doctrina de

---

<sup>18</sup> Fernández de Velasco, Recaredo, *El Acto Administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1929, p. 92.

<sup>19</sup> Cfr. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2001, p. 140.

<sup>20</sup> Carré de Malberg, Raymond, *op. cit.*, en nota 14, p. 758. El autor, en la página 750 de la obra citada, advierte que la doctrina de Montesquieu sobre la “división de poderes” llega en un momento en que la monarquía francesa había pasado de su apogeo y estaba destinada a su destrucción próxima. Al respecto, Carré de Malberg pone de manifiesto que “Uno de los caracteres principales de la Constitución francesa de los últimos siglos antes de 1789 era, en efecto, la concentración de todos los atributos de la potestad estatal en la persona del rey, que encarnaba en sí todos los poderes o, por lo menos, del cual emanaban todos los poderes. Por reacción contra este absolutismo, la separación de los poderes estaba llamada a ser uno de los dogmas políticos fundamentales de los hombres que prepararon y dirigieron la Revolución; desde el comienzo de ésta se consagró, en la forma solemne de principio absoluto, por el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: ‘Toda sociedad en la cual la separación de los poderes no está determinada, carece de Constitución’”.

Montesquieu y con todas las consecuencias que entraña. Estas consecuencias, con el uso, resultaron impracticables”.<sup>21</sup>

En lo que interesa a este estudio, cabe observar que los constituyentes de México y de Ecuador no han concebido a la división de funciones como una separación o aislamiento de los órganos constitucionales. En la parte orgánica de las constituciones de los dos países se establecen disposiciones relativas a tres funciones básicas: Ejecutiva, Legislativa y Judicial, cuyo ejercicio se encarga a órganos específicos, cada uno de los cuales tiene garantizado el ejercicio de sus atribuciones propias sin injerencia de autoridad extraña. Desde un punto de vista *formal o subjetivo*, esto es, desde la perspectiva de los órganos o sujetos constitucionales a quienes se les atribuyen las funciones públicas, las constituciones de México y de Ecuador organizan al Estado mediante el establecimiento de instituciones precisas, a cada una de las cuales les otorgan facultades y competencias propias. De esta manera, impiden la concentración del poder en un solo órgano o persona.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 771-772.

<sup>22</sup> El artículo 49 de la Constitución de México establece la división de funciones mediante la siguiente fórmula:

“Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

“No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.

En lo que se refiere a las entidades federativas y al Distrito Federal, los artículos 116 y 122 de la CPEUM también prevén su organización a través de la división de funciones.

Desde un punto de vista subjetivo o formal, en el caso de México, a nivel federal, el “Poder” Legislativo corresponde al Congreso de la Unión, que se divide en una Cámara de Senadores y en una Cámara de Diputados (artículo 50 de la CPEUM). El “Poder” Ejecutivo corresponde en su ejercicio al Presidente de la República, sin dejar de tener presente que la Constitución mexicana también hace referencia a la Administración Pública, que forma parte del “Poder” Ejecutivo, y que se divide en centralizada y paraestatal (artículos 80 y 90 de la CPEUM). Por último, el ejercicio del “Poder” Judicial se deposita en la Suprema Corte de Justicia de la Federación, en los Tribunales Colegiados y Unitarios de circuito y en los Juzgados de distrito (artículo 94 de la CPEUM).

Por su parte, el artículo 226 de la Constitución de Ecuador establece la división de funciones con la siguiente fórmula:

“Art. 226.- 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”.

Sin embargo, una revisión atenta de las normas constitucionales de los dos países permite observar que la división de funciones no obsta a la cooperación y participación entre los órganos constitucionales, de tal modo que no existe una separación como propusieron Montesquieu y los ideólogos de la Revolución Francesa. Por ejemplo, en México y en Ecuador el Presidente de la República participa en la legislación mediante sus facultades de iniciativa y de veto (artículos 71 fracción I de la CPEUM y 134 numeral 2 de la CPRE). En los dos países, el proyecto de presupuesto lo elabora la Función Ejecutiva, pero su aprobación corresponde a la Función Legislativa (artículos 74 fracción IV de la CPEUM y 120 numeral 12 de la CPRE). En la Constitución de México, se otorga al Legislativo la atribución de intervenir en la designación de altos funcionarios del Estado y de autorizar ciertos actos de especial interés (artículo 76 fracciones II y III). Por último, otro ejemplo de asistencia mutua entre dos órganos constitucionales se aprecia en la Constitución de México, que dispone que la Función Ejecutiva debe prestar auxilio a la Función Judicial para el ejercicio de sus misión (artículo 89 fracción XII).

Las constituciones de Ecuador y México conciben al principio de división de como un *sistema armónico* en el cual la distribución de competencias entre órganos distintos permite un *orden en el ejercicio de la autoridad pública*. Sin embargo, el establecimiento de dicho sistema no deja de advertir que el Estado es *uno* y que cada institución pública actúa en función de los fines y cometidos que el Estado debe cumplir.<sup>23</sup> La división de funciones, por consiguiente, no comporta fractura del poder público, pues ello llegaría a significar el utópico desdoblamiento

---

En el caso de Ecuador, desde un punto de vista subjetivo o formal, la Función Ejecutiva comprende la Presidencia de la República y a los Ministerios de Estado y las demás instituciones que establezca la ley; la Función Legislativa corresponde a la Asamblea Nacional y la Función Judicial, en su dimensión jurisdiccional, se atribuye a la Corte Nacional, a las cortes provinciales, a los juzgados y tribunales creados por la ley y a los jueces de paz (artículos 118, 141, 177 y 178 de la CPRE).

<sup>23</sup> El artículo 119 de la Constitución de ecuatoriana de 1998 era categórico en disponer que “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley [...]”. Sin embargo, la disposición citada agregaba que “[...] tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común”. El artículo 226 de la vigente Constitución conserva el mismo principio.

del Estado –esto es, del ser único que lo ostenta como atributo propio- y la impensable situación de actividades dispersas, desequilibradas y desordenadas en la consecución del mismo fin que explica y justifica la actuación de la autoridad pública.

Por otra parte, debe advertirse que no es incompatible con el principio de división de funciones que se permita que un órgano asuma competencias que materialmente se encuadran en las que corresponden a los demás, bien en circunstancias extraordinarias, bien en precisos casos en que lo exija el cabal cumplimiento de un determinado cometido público, o el correcto funcionamiento institucional.<sup>24</sup> En un *sentido material*, las funciones del Estado se entienden como *actividades de la autoridad pública* que tienen características propias y una naturaleza singular que las distingue entre sí.<sup>25</sup> Dichas actividades son la legislación, la administración y la jurisdicción, que no obstante su atribución a un órgano específico, pueden ser ejercidas por los demás. En efecto, tanto en México como en Ecuador, no sólo la Función (o “Poder”) Ejecutivo administra, sino que también los órganos legislativos y judiciales pueden dictar actos administrativos, como es el caso del nombramiento de altos funcionarios del Estado, los relacionados con el régimen de su personal, o en materia de ciertas autorizaciones

---

<sup>24</sup> En Ecuador y en México están previstas las facultades legislativas extraordinarias del Presidente de la República en casos de emergencia o grave conmoción interna (artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 180 y 181 de la Constitución Política de la República del Ecuador). En las dos constituciones también se prevé facultades legislativas, específicamente referidas a las cuotas (o tarifas) de los tributos (o contribuciones) aduaneros que pueden ser modificadas por el Presidente de la República (artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 257 de la Constitución de la República del Ecuador). En la Constitución ecuatoriana, el Presidente de la República, cuando presenta un proyecto de ley en materia económica que lo califica de urgente y el Congreso Nacional no lo aprueba en cierto tiempo, lo puede expedir como Decreto-Ley (artículo 155).

<sup>25</sup> La Legislación consiste en el dictado de *reglas de conducta*, obligatorias, generales, abstractas e impersonales, que buscan crear un orden en la sociedad. Cfr. Dabin, Jean, *Teoría General del Derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 11-18.

La Administración Pública consiste en aquella gestión que de modo inmediata y práctico pretende la realización de los objetivos y cometidos públicos. Cfr. Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de la 5a. ed. Italiana por Héctor Masnatta, Buenos Aires, Arayú, 1954, t. I, p. 22.

La Jurisdicción es la facultad pública de aplicar el Derecho para la resolución de controversias jurídicas y el mantenimiento del orden social.

que deben emitir por disposición constitucional. También puede señalarse como ejemplo a la facultad reglamentaria del Ejecutivo, que de modo *similar* al Legislativo, *pero con un distinto régimen jurídico*, le permite dictar normas jurídicas, es decir, reglas de conducta generales, abstractas e impersonales que se integran en el ordenamiento jurídico.<sup>26</sup>

Entendido correctamente el principio de división de funciones, es preciso resaltar que este sistema orgánico, cuya fuente es la Constitución, comporta una garantía para los ciudadanos. La división de funciones se explica, en primer término, por la necesidad de evitar la concentración del poder público en un solo órgano o autoridad, en atención al abuso y a la arbitrariedad que de ello derivaría. Como diría Montesquieu, “que el poder contenga al poder”. La existencia de órganos diferenciados en sus funciones, pero que ostentan un único poder público y que comparten el mismo concepto de autoridad, permite la mutua vigilancia y contrarresta los excesos. La concentración del ejercicio del poder público en un solo sujeto, por el contrario, permitiría la inestabilidad e inseguridad en el cumplimiento de las leyes –pues el gobernante absoluto tiene todas las

---

<sup>26</sup> La ley y el reglamento únicamente tienen en común su carácter de normas jurídicas. La facultad reglamentaria tiene su explicación propia y un ámbito delimitado que permiten definir un régimen jurídico distinto al de la ley. Como destaca Francisco Tinajero Villamar: “La potestad reglamentaria de la administración se justifica [...] no por una delegación legislativa, pues ésta ocurre más bien con la presencia de órganos legislativos de excepción; se justifica jurídicamente la potestad reglamentaria por la necesidad de la presencia de normas movibles, flexibles, no de la rigidez de la Ley, susceptibles de fácil reforma y actualización, que emanen de un criterio técnico, no circunstancial, que suponga la realización de la amplia discrecionalidad típica de la administración pública, para la solución de asuntos que son de su competencia”. Tinajero Villamar, Francisco, “La Potestad Reglamentaria”, *La Reforma de la Constitución*, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988, p. 128.

El reglamento, precisamente, se dicta para facilitar la actividad administrativa y en función de la misma. Esto determina el distinto régimen jurídico al que se somete el reglamento y las reservas normativas que tiene, pues se circunscribe a lo administrativo. La ley, en cambio, puede regular cualquier ámbito de las relaciones humanas, mientras que la materia del reglamento se circunscribe a aquello en lo que tiene competencia la administración y en relación con los asuntos en los que se puede identificar un cometido público que cumplir en los hechos. *Cfr.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. I, pp. 206-208. ¿Acaso puede concebirse que exista un reglamento que regule, sin más, el enriquecimiento sin causa, la sucesión por causa de muerte o el contrato de compraventa mercantil? Por lo demás, si bien puede suceder que el ordenamiento jurídico asigne una competencia normativa a la Administración o a la Función Ejecutiva (verbigracia, la legislación delegada), consideramos que ello no se explica por razones de naturaleza administrativa, sino por elementos de colaboración legislativa o como producto de las facultades que derivan de la organización política.

prerrogativas para derogarlas o excepcionarlas a capricho- sin que sea susceptible de juzgamiento por sus actos –al detentar la jurisdicción en sus propias manos- a lo cual se suma la posibilidad de adecuar a su antojo el ordenamiento jurídico o la justicia a los propósitos que el gobernante absoluto, unilateralmente y sin límites, considere pertinentes. Estas circunstancias, como es fácil entender, permiten el desafuero y crean un ambiente propicio para la violación de los derechos de las personas. Justamente, esta situación corrige el Estado de Derecho, que se caracteriza por la proscripción de la arbitrariedad, para lo cual requiere de la división de funciones y la mutua colaboración y control entre los órganos que las ejercen.

Para terminar este apartado, cabe poner de manifiesto que a pesar de las aclaraciones que presenta la doctrina sobre el principio de división de funciones, todavía existen ciertas interpretaciones que se acercan a la teoría de la “división de poderes”, pues en algunas materias, consciente o inconscientemente, el legislador lo entiende como una separación de órganos. Esto sucede precisamente en la temática de la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública, como pondré de manifiesto en los capítulos quinto y sexto de este trabajo. En lo que cabe decir en este lugar, bien vale advertir que el principio de división de funciones comulga, en un todo sistemático, con los demás principios sobre los que se funda el Estado de Derecho, especialmente, con los principios de subordinación al derecho y de responsabilidad pública. Por ello, debe indicarse que la arbitrariedad en el ejercicio del poder público no sólo se contrarresta con el mantenimiento de la división de funciones, sino que también es preciso que se asegure la juridicidad en la actuación de la Administración Pública y que ésta soporte las consecuencias jurídicas de sus acciones u omisiones. En estos aspectos el papel del Juez es fundamental y no es admisible, a guisa de división de funciones, que se restrinja la labor de la Jurisdicción respecto de la Administración, y más específicamente, que se obstaculice la labor de los jueces, sea estableciendo regulaciones tibias o incompletas sobre el cumplimiento de las sentencias, sea otorgando a la Administración Pública injustificados privilegios cuando es juzgada o cuando debe acatar lo que dispone un fallo.

## **2. Legitimación democrática del poder público**

El régimen democrático, consustancial al Estado de Derecho, es expresión de múltiples implicaciones, cuyo análisis pormenorizado exigiría una exposición extensa y compleja. En lo que interesa a este estudio, cabe resaltar que la democracia no se manifiesta únicamente en las circunstancias de los procesos electorales o en la “libertad de elegir y ser elegidos”, sino que involucra, mucho más aun, el “cómo” y el “para qué” del ejercicio de la autoridad y del poder público del cual está investida.

*“Cuando el poder en relación con los hombres se ejerce respetando la dignidad, libertad y derechos de la persona humana, tenemos la democracia como forma de estado, o sea, un modo de ejercer el poder que da forma y estructura al estado mismo, al régimen político en sí mismo. El Estado es democrático cuando el hombre queda situado dentro de la comunidad política en una forma de convivencia libre, que asegura su dignidad, su libertad y sus derechos individuales. La democracia como forma de estado presupone una forma y un estilo de vida, que es la convivencia humana en justicia y en libertad. El estado es democrático cuando su poder, en relación con los hombres que forman su población, se ejerce en forma respetuosa de aquella situación personal debida al hombre por imperio de la justicia”.*<sup>27</sup>

De lo dicho se puede inferir que los principios democráticos incorporan, ineludiblemente, la posibilidad de control de los actos del poder público, pues a través de la participación ciudadana se aprueba o reprueba las actuaciones de los gobernantes y autoridades. Este aspecto es de suma importancia en un auténtico Estado de Derecho, ya que la fiscalización de los actos de la autoridad constituye el antídoto de la arbitrariedad y el freno al abuso del poder público. El control

---

<sup>27</sup> Bidart Campos, Germán, *Lecciones Elementales de Política*, 10a. ed., Buenos Aires, EDIAR, 2000, pp. 257-258.

jurídico de los actos de la autoridad alimenta la democracia, ya que esta no se explica sin el imperio del Derecho, el respeto a la dignidad humana y la igualdad de todos frente a la ley.<sup>28</sup>

### **3. Subordinación al Derecho**

El Estado es un ente que ostenta soberanía, cualidad que se traduce en superioridad sobre las sociedades menores subordinadas y sobre los individuos que las conforman. Esta supremacía del Estado implica autoridad, que se traduce en la potestad de dirigir y ordenar –con el correlativo deber ciudadano de acatar los mandatos y reglas de conducta establecidas- y de decidir con preeminencia jerárquica respecto de todos los asuntos que conciernen a la comunidad políticamente organizada, por sobre todos los individuos y sociedades menores, sin posibilidad de apelación a otra autoridad.<sup>29</sup> Ahora bien, esta potestad de suprema decisión requiere del poder público como atributo natural de su autoridad; mando incontrastable que se arma de todos los medios, expresiones y concreciones indispensables a la ejecución cabal de sus providencias.<sup>30</sup>

La soberanía y el poder público en el Estado de Derecho no son absolutos, sino que tienen límites objetivos que vienen dados por la misma naturaleza del Estado y por su fin. Como explica Julio Tobar Donoso, de la observación de la composición del Estado y de su fin se pueden deducir principios de limitación efectiva de la autoridad pública y del poder que ejerce. 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- no puede atentar contra el mismo principio de su existencia. Así, el

---

<sup>28</sup> Cfr. Velázquez Baquerizo, Ernesto, *La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995, p. 72-73.

<sup>29</sup> Cfr. Dabin, Jean, *Doctrina General del Estado*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 114-117.

<sup>30</sup> Cfr. Tobar Donoso, Julio *op. cit.*, en nota 1, p. 296. Dabin, Jean, *op. cit.* en nota 29, pp. 115 y ss.

respeto de los derechos y la observancia de la ética, cuyos principios y reglas se deducen de la misma naturaleza humana y de su bien, son las primeras normas del obrar estatal.<sup>31</sup> 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. Pero, dichos derechos no son absolutos, como tampoco lo es la libertad humana; deben acoplarse a la razón y al bien común, por lo que el mismo poder del Estado, *prudente y racionalmente ejercido*, tiene la prerrogativa de regularlos y limitarlos. Por otra parte, el fin que busca la sociedad política, como ser temporal, es el bien común de la misma dimensión; por tanto, no le competen asuntos relacionados con el bien común trascendente, de índole espiritual y eterna. Así mismo, siendo su fin de carácter público, no tiene competencia para inmiscuirse directamente en asuntos privados de sus miembros, tales como elección de vocación, relaciones familiares, vida religiosa, etcétera. La misión subsidiaria del Estado, por último, determina los márgenes de su acción, pues no se trata de ahogar la iniciativa particular en un totalitarismo violador de la libertad, sino de complementar dicha iniciativa cuando es insuficiente e impotente para satisfacer las necesidades apremiantes de la vida social.<sup>32</sup>

El conjunto de todos estos límites objetivos de la soberanía y del poder del Estado provienen de su naturaleza y configuran el Derecho al que el Estado 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.

---

<sup>31</sup> Gerhard Robbers destaca que el Estado de derecho también tiene vinculaciones con la ética, que constituye la doctrina del bien en los actos humanos o el conocimiento sistemático de la moral. Esto no significa que el Estado de Derecho se base en una ética específica o postule una moralidad concreta –pues el Estado de derecho es un orden de la tolerancia y el pluralismo– sino en la consecuencia jurídica de un cúmulo de legitimaciones de las cuales ha contribuido las diferentes corrientes sobre la ética. Así, ideas como la paz, la responsabilidad, los deberes ciudadanos, el reconocimiento del otro como persona o prójimo son claros ejemplos de mandatos éticos de aceptación común. Gerhard Robbers, *op. cit.*, en nota 4, pp. 37-41.

<sup>32</sup> *Cfr.*, Tobar Donoso, Julio, *op. cit.*, en nota 1, pp. 300-301.

“No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior ‘apolítica’, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio. De este modo, no sólo se concilia muy bien la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, sino que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión: el concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin propio del Estado, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin. O, si no, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza”.<sup>33</sup>

La subordinación del Estado al Derecho tiene su expresión clara en uno de los principios fundamentales que rigen a la Administración Pública: el principio de juridicidad, el cual tiene varias implicaciones. De conformidad con este postulado, la autoridad administrativa únicamente puede ejercer las atribuciones que le

---

<sup>33</sup> Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 29, pp. 135-136.

La noción de Derecho a la que se alude no es aquella que se basa en la coacción o en la penalidad como atributo esencial, aunque para ciertas circunstancias estas notas sean necesarias e irrenunciables. En el Estado de Derecho, como dice Gerhard Robbers, el orden jurídico, más que una arquitectura de la coacción, “[...] es un ideal de convivencia en un clima de comprensión, por el diálogo superador de conflictos y por la solidaridad”. El autor citado, agrega:

“En un sistema político que privilegia el Estado de derecho, la juridicidad adquiere una adecuada dimensión. En primera instancia se refiere a la introducción de regulaciones que, en general, permiten llevar una vida en paz y en libertad. Crea instituciones que permiten a los hombres proveer a su propio desenvolvimiento. La institución jurídica del contrato es clave para permitir acuerdos y compromisos sobre bases confiables, aun cuando no exista un conocimiento profundo del otro. La institución del matrimonio asegura la confiabilidad de una relación de pareja. La propiedad privada permite que el individuo se desarrolle, asumiendo la responsabilidad por su propio destino y viviendo libre de la dependencia material de terceros. La coacción y la pena son totalmente secundarias frente a estos contenidos primarios del derecho. Asegurar instituciones que faciliten una cooperación pacífica y la posibilidad de manifestarse con total libertad, son elementos que constituyen la esencia de un Estado de derecho.

“Es preciso pues que se manifiesten ambas situaciones: el aspecto material y el aspecto formal del Estado de derecho. No debemos oponer la idea del Estado de derecho formal, por un lado a la del Estado de derecho material por el otro, interpretándolos como dos conceptos básicamente irreconciliables. Esto significaría desconocer las relaciones esenciales. La tradición francesa del concepto de constitución así lo demuestra. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa de 1789 (sic) dice: ‘toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, indeterminada la separación de los poderes, carece de Constitución.’ Es aquí donde se manifiesta la relación directa entre libertad individual y organización del Estado”. Robbers, Gerhard, *op. cit.*, en nota 4, pp. 32-33.

otorga el ordenamiento jurídico. Además, el ejercicio de dichas competencias debe ceñirse a los términos y condiciones previstos por el Derecho, con estricta sujeción a los fines previstos en el ordenamiento, y de conformidad con los procedimientos que las normas jurídicas establecen.

Por último, como señala Consuelo Sarría, la Administración Pública en el Estado de Derecho está sometida a controles que hacen efectivo el principio de juridicidad, pues nada práctico se lograría con el planteamiento de una subordinación al Derecho sin mecanismos que hagan efectiva esta sumisión.

“Esos mecanismos de control han sido calificados de diferentes maneras. Así por ejemplo, se habla de:

“-Controles preventivos y controles represivos: Los primeros son las normas y procedimientos que debe cumplir la actividad administrativa; los segundos son aquellos que se realizan como concreción de poderes jerárquicos o de tutelas, ejercidos por la misma Administración, y los que se realizan a través del ejercicio de la función jurisdiccional.

“-Controles indirectos (Organización administrativa, regularidad, eficiencia, control jerárquico) y controles directos (Recursos, acciones).

“-Control administrativo, control legislativo y control judicial.

Al plantear en los últimos tiempos el aumento de la acción estatal y, concretamente, la expansión de su actividad administrativa, los controles preventivos resultan insuficientes y ha sido necesario dar mayor énfasis al control represivo, entre éstos al control judicial de la administración, ya que la subordinación de la administración al Derecho debe estar sancionada por órganos especialmente encargados de ello”.<sup>34</sup>

A estas ideas cabe añadir que la subordinación al Derecho también se hace efectiva cuando la Administración Pública se ve constreñida, de modo eficaz, al cumplimiento de las sentencias que se dictan en su contra. El control judicial, como en este trabajo pondré de manifiesto, no puede limitarse a la sola posibilidad

---

<sup>34</sup> Sarría, Consuelo, *op. cit.*, en nota 10, p. 21.

de demandar a la Administración Pública y de obtener, cuando corresponda, una sentencia favorable al derecho del administrado. El control judicial, para ser eficaz y total, requiere del cumplimiento ineludible de las sentencias que se dicten en contra de la autoridad administrativa.

#### **4. Reconocimiento de derechos, especialmente, de los fundamentales**

Los derechos subjetivos tienen como presupuesto básico a la alteridad, es decir, a la inter-subjetividad. Los derechos subjetivos se explican en un contexto de convivencia entre personas, es decir, en un ambiente social. Para explicar este presupuesto, se suele acudir al sugestivo ejemplo de Robinson Crusoe, quien solo en su isla nada podría pretender de nadie. ¿Acaso ese mítico personaje, en su soledad intensa, podría reclamar un crédito, o el respeto a la propiedad?

La constatación de este presupuesto, en lo que se refiere al Estado y a los ciudadanos, merece una serie de precisiones, pues suele decirse que el Estado es un “todo” y que la persona se incorpora a él en calidad de “parte”. Entonces, ¿cómo podría explicarse la existencia de unos derechos frente a un todo, del cual el individuo humano es integrante? En otros términos, ser parte de algo, ¿no implica acaso la pérdida de la individualidad y, por ende, de la inter-subjetividad?

El aserto de que la persona es parte o miembro de la sociedad política, para ser verdadero, únicamente puede entenderse en un sentido analógico. En efecto, el Estado no conforma un todo sustancial que se produzca de la absorción y fusión de sus componentes. Se trata, por el contrario, de la *unidad que nace de un orden*, y que agrupa a la pluralidad de individuos humanos en la mira de un fin: el bien común en la esfera temporal. Aquel orden, que es el principio que da unión y forma política al conglomerado humano que subyace tras el Estado, significa justamente la particular disposición de las partes para alcanzar un determinado objetivo de interés común, y en tal virtud, postula dos atributos inmanentes: poder y ordenamiento jurídico. A través del poder, que ejerce la autoridad, se conduce a los elementos que conforman la sociedad hacia el fin que buscan; al tiempo que el

ordenamiento jurídico traduce la disciplina del obrar a la que se sujetan dichos elementos en la mira del mismo fin.<sup>35</sup>

Entendida así la naturaleza del todo que forma el Estado, no puede decirse que la persona sea “miembro” o “parte” en un sentido literal y estricto. Lo será, pero en *calidad de ser que se integra en un ordenamiento*, que participa en él, que hace comunidad de vida y de objetivos, en interés de todos y en interés propio. Ser miembro del Estado es situarse dentro de un ordenamiento corporativo, someterse a una disciplina, sin abdicación alguna del ser y de la personalidad individual.<sup>36</sup>

Como indica Dabin, la misma naturaleza del hombre rechaza la idea de que sea parte en un sentido literal:

“El individuo humano está dotado de un pensamiento personal, por el cual conoce al mundo exterior y se conoce a sí mismo, y de una voluntad libre, capaz de adherirse al bien; es un alma inmortal hecha por Dios y destinada a reposar en Dios. En estas condiciones, ¿cómo habría de ser miembro, en sentido estricto, de una colectividad o Estado, cuya existencia es sólo temporal, y que, por sí mismo, está desprovisto de toda facultad espiritual, y no es apto para pensar y querer, para realizar su propio orden, sino por mediación de los pensamientos y voliciones individuales? [...]”

“Más aún: en lo que concierne especialmente al Estado, aunque el agrupamiento en ciudad o en Estado responde a una tendencia natural de los individuos humanos, quien lo ha instituido y pensado es la inteligencia (o, si se quiere, la ingeniosidad) de los individuos, precisamente en vista del servicio de los individuos asociados, para realizar la obra práctica de una coordinación e interayuda útil a la generalidad. Por otra parte, el Estado y la ciudad no han existido siempre, y hay grupos que, ya en el pasado, ya en el presente, no conocen organización propiamente política: entonces, ¿cómo pretender que el individuo es de suyo, constitucionalmente, parte del Estado?”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Cfr. Tobar Donoso, Julio, *op. cit.*, en nota 1, pp. 322-324.

<sup>36</sup> Cfr. Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 29, p. 355.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 355-356.

Por su parte, explica Javier Hervada:

La persona, si bien tiene la facultad de comunicación, de relación con el otro, de tener con él cosas comunes, es, en su ser radical, *incomunicable*, es decir, se trata de un ser *sui iuris*, incapaz de pertenecer a otro. Esta incapacidad no es un defecto sino una perfección: se trata de aquella tan elevada forma de ser, por la cual el ser se posee a sí mismo y es plenamente él, con un ser y una existencia irrepetibles e incomunicables. En la colectividad la persona es parte, ya que, en virtud de su capacidad de comunicación, hace común con los demás unas finalidades, unos bienes, unas actividades; pero lo es sólo limitadamente, porque sigue siendo *otro*, con una esfera de dominio sobre sí, que de ningún modo se hace colectivo.<sup>38</sup>

La ordenación de la persona a la sociedad es parcial, no recae en todo su ser y en todo lo suyo; solamente se reduce a aquello que, por su naturaleza, corresponde al orden político, a lo que es de la misma esencia que éste.<sup>39</sup> Cabe entonces destacar que el hombre se desenvuelve en dos ámbitos: uno que es público, propio de la comunidad política, dentro del cual se tienen unos derechos y obligaciones de justicia, y en donde el Estado tiene unas prerrogativas más o menos amplias; otro, que elude a la comunidad y su poderío, ámbito en el cual el individuo conserva señorío y libre disposición, salvo su responsabilidad frente a Dios y su conciencia.

De las reflexiones que anteceden, puede observarse que existen relaciones de alteridad entre el Estado y los individuos que lo conforman, aserto que también permite afirmar que la persona ostenta derechos frente a un Estado gravado con la obligación correlativa de respeto. Dichos derechos tienen por objeto una determinada conducta de la autoridad pública como un deber jurídico frente al titular,<sup>40</sup> así como también expresan la participación del ciudadano en los asuntos

---

<sup>38</sup> Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 1986, p. 56.

<sup>39</sup> Cfr. Tobar Donoso, Julio, *op. cit.*, en nota 1, p. 322.

<sup>40</sup> Cfr. García Oviedo, Carlos y Martínez Useros, Enrique, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., Madrid, EISA, 1968, p. 174.

públicos dentro de un régimen democrático. Se ostentan frente al Estado y demás órganos del Poder Público, de manera que constituyen “lo suyo”<sup>41</sup> del individuo respecto del sujeto público gravado con la obligación de acomodar su conducta a lo que es del particular. Los derechos que analizamos constituyen un límite infranqueable al poder del Estado, y reflejan una exigencia directa hacia su obrar. Así mismo, presuponen la calidad de sujeto de derecho que ostenta el ser estatal, su sumisión al orden jurídico y la responsabilidad que rodea a su acción.

Entre los derechos subjetivos públicos se encuentran, en primer término, todos aquellos atributos naturales que pertenecen a la persona por el mismo hecho de ser tal, los cuales son anteriores a la sociedad política y tienen título inmediato en la misma naturaleza humana, a saber, vida, libertad, integridad física, facultades espirituales, y en suma, todo por lo que está constituido y existe como individuo el ser humano.

“Pero vivir no es solamente poseer la vida en estado en cierto modo estático. Es, al propio tiempo, sustentarla y desarrollarla por el ejercicio de las facultades corpóreas y espirituales, por la satisfacción de las tendencias inscritas en la naturaleza humana. Es también, conforme a una de esas tendencias, transmitir y propagar la vida, dentro del marco del matrimonio, por la procreación y educación de otros hombres. Finalmente, puesto que el individuo es un ser a la vez individual y social, es entrar en comunicación con sus semejantes y trabar con ellos relaciones en la esfera espiritual o económica, de carácter amigable o jurídico.

“Todo, como cumple a un ser racional, dueño de su destino y de las vías por las que piensa realizarlo. De aquí las diferentes libertades individuales: de viajar y circular, de la conciencia y del pensamiento, del trabajo y las profesiones, de vocación y de matrimonio, de cambio y de beneficencia, de asociación y fundación, de enseñanza y difusión de las ideas por medio de la palabra, la escritura y otros

---

<sup>41</sup> La sugestiva expresión “lo suyo” con la que calificamos a los derechos proviene de la fórmula de la justicia: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*, dar a cada uno lo suyo, su derecho. El derecho es, ante todo, un *haber* de la persona, algo que le *corresponde* en justicia, que le *pertenece y se le atribuye*. Tal haber –que no se entiende en el exclusivo ámbito de lo material- implica una obligación del otro de acomodar su conducta a lo que corresponde al derechohabiente, a sus títulos y dignidad.

medios de expresión nacidos del progreso técnico (prensa, radio ...), libertades que, frente a todo el mundo (comprendido al Estado y la colectividad), entrañan sendas afirmaciones de una autónoma voluntad de vivir, y cuyos variados objetos representan, para cada individuo, otros medios más o menos necesarios, más o menos directos, de perfeccionamiento y salvación”.<sup>42</sup>

Por otra parte, la legítima autonomía del hombre y su subsistencia reclama igualmente la posesión material de una suma mínima de bienes, que los utiliza a través de su apropiación, para satisfacer sus diferentes necesidades y para la sustentación y perfeccionamiento de su propio ser. Indica Julio Tobar Donoso:

“El derecho de propiedad, *derecho sujeto más que todos, a cargas, servicios y servidumbres sociales*, es consecuencia de la personalidad, de la aspiración a la independencia, a la seguridad personal y de los suyos que alienta el corazón de todo hombre y que le urge dejar en las cosas huella e imagen suyas. Es también el medio mejor de estimular el trabajo, de hacerlo más fecundo y productivo”.<sup>43</sup>

Aparte de éstos derechos individuales, la persona ostenta otros que responden a su calidad de miembro ciudadano del Estado. Entre ellos se colocan los derechos políticos, que permiten al individuo su inserción en el aparato del poder y su participación en el mismo. Estos derechos intentan asegurar el control de los gobernantes por los gobernados, la interiorización del poder en la sociedad, la libre disponibilidad del poder por quienes son a la vez sus destinatarios y la eliminación de poderes extraños o alienantes que intenten justificarse. Son, en suma, derechos en los que se expresa propiamente el principio democrático.<sup>44</sup>

Los derechos individuales y políticos corresponden solamente a una esfera de las obligaciones del Estado, pero no agotan todo lo debido por él hacia el individuo miembro. Durante la segunda mitad del siglo XIX, el Estado mantuvo una

---

<sup>42</sup> Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 29, pp. 363.

<sup>43</sup> Tobar Donoso, Julio, *op. cit.*, en nota 1, p. 328.

<sup>44</sup> *Cfr.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 9a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. II, pp. 56-57.

actitud abstencionista, en el marco de una ideología marcadamente individualista; contexto ideológico y político que dejaba ver situaciones contrarias a la dignidad humana en un medio de opresión e injusticia. Es luego de la primera guerra mundial cuando se empieza a hablar de los derechos económicos, sociales y culturales, los mismos que reclaman del Estado una positiva prestación: salario justo, seguridad social, condiciones dignas de trabajo, asistencia pública, etcétera. Estos derechos reclaman para su efectividad una legislación especial, la misma que está llamada a realizar un equilibrio en las relaciones sociales y a hacer efectiva la protección de los débiles.

En nuestros tiempos, a las categorías enunciadas se añaden los llamados “derechos de tercera generación” o colectivos, tales como la paz, los derechos comunitarios –entre los que se cuentan los de las comunidades indígenas-, el medio ambiente, etcétera.

Todos los derechos a los que nos hemos referido no sólo requieren de su reconocimiento, declaración y respeto por parte del Estado, sino que también exigen también la seguridad de su goce y ejercicio, a fin de que el individuo pueda organizar su vida sobre la base de un orden justo, sin temor ni peligro a las arbitrariedades.

“Esa seguridad consiste [...] en el conjunto de condiciones sociales, de medios y procedimientos jurídicos eficaces, que posibilitan al hombre desarrollar su personalidad ejercitando sus derechos libre de miedo, incertidumbre, amenaza, daño o riesgo. Ello crea un clima de previsibilidad sobre el comportamiento propio y el ajeno, y una protección frente a la arbitrariedad y a la violación del orden jurídico, provengan éstas del Estado, de particulares o de grupos privados”.<sup>45</sup>

La seguridad de los derechos y libertades exige, por ende, la consagración de las garantías procesales constitucionales y de legalidad, como el amparo y el proceso contencioso administrativo.

---

<sup>45</sup> Zarini, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 491.

Junto a los constitucionales, existen otros derechos subjetivos públicos establecidos por normas inferiores, que muchas veces son corolario o guardan relación con los de la norma suprema. Todos ellos también implican “lo suyo” del ciudadano frente al Estado y sus órganos, gravados éstos con un comportamiento determinado frente al primero. Como ejemplos de estos derechos, se pueden citar los que se contemplan en las leyes de procedimiento administrativo, en las relacionadas con el régimen jurídico laboral de los funcionarios públicos o en las normas tributarias (o fiscales).

## **5. El principio de responsabilidad pública**

Como indica Bidart Campos, “En el Estado hay una *realidad social, externa, que deriva de los hombres, pero que no se agota en los hombres*”.<sup>46</sup> Constituye una *persona moral*, es decir, un *ser distinto* de la mera suma de sus miembros individuales, pues se trata de *comunidad organizada* en relación a un fin superior (bien común), que es causa de su unión y razón del orden que dispone a dichos miembros a la consecución de dicho fin.<sup>47</sup>

La *personalidad moral* del Estado –ser distinto de la mera agrupación de sus miembros- implica, desde el punto de vista jurídico, su calidad de *sujeto de derecho*, es decir, su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, e

---

<sup>46</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, en nota 27, p. 125.

<sup>47</sup> *Cfr. Idem.* Ver también, Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 29, pp. 100 y ss. Indica Julio Tobar Donoso (*op. cit.*, en nota 1, p. 268): “Los individuos que componen la sociedad considerados en sí mismos son pluralidad; considerados relativamente a un término común, el fin colectivo, el bien general, en el cual participan y comulgan, son “uno”. La unidad de los individuos es producto de su estructura propia; la unidad de la multitud es efecto de la relación a un mismo fin, que los solidariza entre sí. La unión de voluntades constituye la unión interior.

“La sociedad es, además, orden, que implica disposición de elementos, distinción de sujetos y comunicación de ellos en un cuerpo único. El orden supone un principio, principio que no puede ser otro que la finalidad social.

“Por último, la sociedad, a más de pluralidad unificada, a más de un orden, es un todo, idea que implica solidaridad, pues el todo no puede resultar de elementos que no tengan relación entre sí. Un todo aparece como resultante de la unión, la cual es de diversas especies: casos hay en que las partes se desvanecen a medida en que la unión es solo facticia, aparente. En cambio, existen uniones en las que el todo no quita a las partes su libertad de movimiento y la unidad se manifiesta sólo **por la operación**. El Estado es de esta clase de unidades. Y he aquí cómo la sociedad civil está lejos, a la vez del **todo facticio** y del **todo sustancial**”.

intervenir en una diversidad de relaciones jurídicas.<sup>48</sup> Ahora bien, al ser el Estado sujeto de derecho y al constatar que su obrar, su poder y su soberanía se enmarcan dentro de normas y principios de Derecho, surge como consecuencia necesaria un *principio de responsabilidad jurídica. El Estado es un ser jurídicamente responsable*, y

“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”.<sup>49</sup>

La responsabilidad pública es conclusión necesaria de la subordinación del Estado al Derecho y de su deber de respetar y promover los derechos de los ciudadanos. Esta responsabilidad 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 de reparación

---

<sup>48</sup> Según Dromi, la calidad de sujeto de derecho que tiene el Estado, conlleva a las siguientes consecuencias: a) Explica la continuidad y perpetuidad estatal, no obstante los variados cambios de los regímenes políticos y formas de gobierno; b) explica las relaciones patrimoniales entre la Administración y los administrados; c) hace posible la configuración jurídica de las relaciones de poder y su exteriorización a través de las distintas formas jurídicas del obrar administrativo estatal: acto administrativo, simples actos de la Administración, reglamento, contrato y cuasicontrato de la Administración; d) permite acciones por responsabilidad contractual o extracontractual contra el Estado, quien responde con sus propios bienes de todas las consecuencias derivadas de su actuación; e) da lugar a la relación jurídico-administrativa, que se entabla entre los sujetos del Derecho Administrativo, sea entre ciertos centros de imputación de esa actividad o entre distintos entes públicos con personalidad; f) posibilita que el Estado esté en juicio como demandante o demandado. Dromi, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ASTREA, 1973, p. 55.

<sup>49</sup> Larrea Holguín, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, 4a. ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985, t. I, p. 298.

económica,<sup>50</sup> sino que mucho más aún, es *presupuesto* de todas las instituciones de garantía, a saber, juicio de amparo, proceso contencioso administrativo, recursos y reclamaciones administrativas, sistema de defensoría del pueblo, en suma, todo lo que abarca la denominada justicia administrativa.

Tal como hemos perfilado el principio de responsabilidad pública, es preciso aclarar que se guía por el postulado *neminem laedere*, es decir, opera sin que exista de por medio un vínculo contractual o convencional. Es por ello que se habla de “responsabilidad extracontractual” del Estado y se perfila un régimen jurídico propio, diferente de que rige en la contratación pública.

Por otra parte, 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 ya tuvimos la oportunidad de indicar, el Estado se somete a unos límites objetivos, que configuran el Derecho al que está sometido; Derecho que se basa en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio. Por ello, como indica 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”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> En muchos 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 se pone de manifiesto, la responsabilidad pública no se concreta en dicho régimen jurídico o técnica, sino que constituye, en un sentido más amplio, *un principio del Estado de Derecho*, derivado de la subordinación al juridicidad y la existencia de derechos subjetivos, y que se traduce, en términos generales, *en la posibilidad de valorar jurídicamente la actuación estatal*. En este sentido, como se verá, es sustento de todo el sistema de garantías.

<sup>51</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo: la Defensa del Usuario y del Administrado*, 1a. ed. colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, p. XVII-23.

La tipología de la responsabilidad del Estado es múltiple en su especie, ya puede traducirse en una indemnización, ya puede ser la resultante de la declaración de nulidad de un acto o de su inconformidad con la ley; pero siempre será jurídica en su género y adecuada al carácter público de las relaciones jurídicas a las cuales se aplica.<sup>52</sup> Este régimen jurídico de la responsabilidad pública determina, como propias y particulares, sus características de objetiva y directa, que si bien se destacan al estudiar el específico tema de la responsabilidad patrimonial para perfilar su régimen jurídico propio y acorde con la técnica indemnizatoria, son propias del concepto genérico de responsabilidad pública.<sup>53</sup> Por ello, de antemano, aclaramos que la explicación que a continuación se hace sobre dichos caracteres no tiene en cuenta exclusivamente la responsabilidad patrimonial, sino a la responsabilidad pública en cuanto principio.

### **A. Carácter objetivo**

El carácter objetivo de la responsabilidad pública significa que se atiende únicamente al *resultado objetivamente dañoso* que soporta el ciudadano por la actuación u omisión estatal, sin considerar el elemento subjetivo de la culpa o del dolo del funcionario o empleado público.

La explicación de esta característica se encuentra en el principio de subordinación al Derecho, en cuanto impone que el Estado únicamente pueda ejercer las atribuciones previstas en el ordenamiento jurídico, que exige que en toda su actividad se someta inexcusablemente a las previsiones del orden jurídico,

---

<sup>52</sup> Cfr. Dromi, José Roberto, *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1980, p. 16.

<sup>53</sup> La responsabilidad extracontractual o aquiliana que se rige por el Derecho privado – especialmente la que regulan los códigos civiles- se sustenta en criterios subjetivos: el dolo o la culpa, y sólo en casos concretos y expresamente regulados, puede basarse en la sola constatación del daño, independientemente de criterios subjetivos. Dicha responsabilidad puede ser directa, cuando se deriva de hechos dolosos o culposos imputables como propios del jurídicamente responsable; o indirecta, por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, cuando se deriva de hechos de terceros que dependan o actúen por cuenta o para el jurídicamente responsable. Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho Administrativo*, Madrid, Ariel, 2003, pp. 864 y 867.

y por tanto, que esta sea expresión de una cabal juridicidad. Todo ello implica la interdicción de la arbitrariedad, la razonabilidad del actuar público y, por lógica y necesaria consecuencia, una idea de responsabilidad de corte distinto a la que tratan otras disciplinas jurídicas.

A diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos de Derecho privado – ámbito en el que campea la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de la persona<sup>54</sup> en los actos jurídicos que produce el Estado, la voluntad es *heterónoma*, justamente, en razón del principio de subordinación al Derecho. Los actos jurídicos del Estado, y precisamente los que emanan de la Administración Pública, se caracterizan por la heterodeterminación de quien actúa y por la falta de espontaneidad de su expedición y contenido, a diferencia del negocio jurídico privado que se caracteriza por proceder de la autodeterminación del ser personal, y por ende, de su poder creador y regulador.<sup>55</sup>

De ahí que se diga que en los actos de la Administración Pública haya una “voluntad normativa”, esto es, derivada del ordenamiento jurídico y no una voluntad referible a datos naturales o psicológicos del agente, pues en dichos actos interesa juzgar, en principio, *los resultados objetivos y la declaración misma que contienen*, antes que los móviles del órgano y sus intenciones. Este aserto se sustenta también en la apreciación de que los actos de la Administración Pública son, normalmente, resultado de un procedimiento, de una secuencia de actos

---

<sup>54</sup> Javier Hervada manifiesta que la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de la persona derivan de aquella capacidad inherente y natural al ser personal de dominarse a sí mismo y a su entorno, y que marcan el decisivo protagonismo que tiene en el orden jurídico. Los negocios jurídicos privados, ante todo, son actos libres, bien porque hay libertad de celebrarlos o no, bien porque hay libertad de determinar su contenido. Reflejan el poder que tiene la persona de crear reglas de conducta (*leges privatae*) y de originar, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En este plano, el ordenamiento jurídico se muestra como un límite negativo, pues denota las justas y necesarias restricciones a las que se somete la libertad de las personas, que nunca puede ser absoluta. Véase, Hervada, Javier, *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, 4a. ed., Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1998, pp. 98-106.

<sup>55</sup> Sobre el contraste entre la autonomía de la voluntad propia del negocio jurídico del Derecho privado y la heteronomía de la voluntad del Derecho Público, véase, Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, pp.46-47. Bezzi, Osvaldo Héctor, “La Teoría del Acto Administrativo: Consideraciones acerca de la Producción Científica en torno a dicha Institución”, en Botassi, Carlos (Dir.), *Temas de Derecho Administrativo en Honor al Prof. Dr. Agustín Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 89-95.

producidos por órganos diversos que emiten sus juicios, valoraciones, opiniones, etcétera.<sup>56</sup>

En este punto, sin embargo, cabe aclarar que una cosa es precisar las diferencias de principio que existen entre los actos de la Administración Pública y el negocio jurídico privado, otra la de negar a ultranza que la voluntad psíquica del agente *pueda* tener cierta influencia en la validez de las actuaciones jurídicas de la Administración. Como observa Bezzi:

“[...] los aportes dados por la teoría general de los vicios de la voluntad en la dogmática civil no corresponden ser desestimados sin más, pudiendo ser de aplicación analógica la respectiva construcción al acto administrativo, a fin de poder corregir en determinados supuestos las patologías que en el mismo se manifiestan. En este orden de ideas –y sin perjuicio de la proyección de los vicios de la ‘voluntad’ a los distintos elementos del acto, en particular, en los ‘motivos presupuestos’ y al objeto es dable también ponderar que la adscripción a la concepción objetiva no postula la impunidad de los comportamientos administrativos guiados por violencia; y menos aun, la estabilidad de actos viciados dictados en ejercicio de una potestad de carácter discrecional; asimismo, advertimos acerca de la posibilidad del empleo de la coacción psíquica por parte del órgano-persona, en la oportunidad de la aplicación de regímenes de prescindibilidad y de retiro ‘voluntario’, situaciones éstas que fundamentan la invalidación de los respectivos actos administrativos”.<sup>57</sup>

En mi opinión, son muchas razones –propiamente derivadas un régimen de Derecho Público- las que justifican que la voluntad del funcionario no tenga un papel absolutamente determinante en la validez de los actos de la Administración

---

<sup>56</sup> Bezzi, Héctor Osvaldo, *op. cit.*, en nota 55, pp. 92-94. Como manifiestan Villar Palasí y Villar Ezcurra (citados por Bezzi, *op. cit.*, en nota 55, p. 92):

“No quiere esto decir que cuando un órgano administrativo dicta una resolución no está exteriorizando su voluntad, pues efectivamente, todo lo que procede espontáneamente de los hombres constituye, en definitiva, manifestación o declaración de voluntad. Lo que se indica es que, así como en el derecho civil las consecuencias de la exteriorización de la declaración de voluntad se liga a una exacta interpretación, en el acto administrativo no se vincula la voluntad presunta o expresa del órgano administrativo, sino a la norma que habilita a tal órgano para producir el acto administrativo. El acto administrativo es pues, un acto y no un hecho, pero no es una declaración de voluntad, tal como la dogmática civil ha construido este concepto”.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 94.

Pública, de tal modo que dicha validez dependa más de los resultados *objetivos* del acto, esto es, del acomodamiento final con el Derecho y de la cumplida satisfacción de los intereses públicos que se logre, antes que de las circunstancias subjetivas del órgano. La seguridad jurídica, la confianza legítima, la buena fe o el deber de satisfacer las necesidades públicas y de servir a los intereses generales son razones que justifican atender al resultado objetivo de la actuación de la Administración Pública, antes que al estadio intelectual y psíquico del agente.

No obstante, a guisa de caracterización de un régimen propio de Derecho Público, no puede descartarse sin más el aspecto humano que ineludiblemente existe. Bien es verdad que el acto administrativo traduce la “voluntad del ordenamiento”, pero a través de personas que ejercen la función pública, con las pasiones y vicisitudes propias de lo humano. Considero que vale decir que los actos de la Administración, a diferencia de los negocios privados, traducen una “voluntad” heterónoma, porque su origen se explica en las expresas facultades que se conceden a la Administración, porque *debe ser* manifestación de las previsiones del ordenamiento jurídico y porque se ciñe a las regulaciones del mismo; pero “voluntad” heterónoma que *puede* en ciertas circunstancias manifestar sus patologías según la disposición del agente.

Como había dicho, en los actos de la Administración no interesan, en principio, la intencionalidad del funcionario. Puede haber actuado por miedo, con presión o afán de favoritismo, pero los actos dictados pueden ser válidos si resultan cabalmente expresión de las previsiones del ordenamiento jurídico. Por el contrario, se pudo haber dictado el acto con intención altruista, con elevados propósitos de servicio y con libertad de injerencias extrañas, pero tal acto resultará inválido si manifiesta su disconformidad con el ordenamiento jurídico. Esto, justamente, porque la voluntad es heterónoma y *subordinada a las normas y principios de Derecho*, de tal modo que *el parámetro de evaluación de la actuación administrativa siempre se remite al ordenamiento jurídico y en él se sustenta*. Es este contexto en el que deben apreciarse los vicios subjetivos de la voluntad (error, fuerza o dolo), pues si ellos han sido decisivos para la violación de la legalidad o han sido suficientes para incorporar un elemento determinante de la

trasgresión, podrán establecer el efecto de invalidez correspondiente. Pero nunca dichos vicios, *por sí solos y exclusivamente*, tienen la virtualidad de tal efecto, de tal forma que la apreciación de su trascendencia en los actos administrativos depende de las circunstancias y tiene diversas consecuencias que se justifican por el régimen de Derecho Público que es aplicable. Esto denota lo relativo del dato psíquico de agente y el carácter circunstancial de su influencia en los actos de la Administración, de modo que tal dato no puede entrar en la conceptualización de figuras como el reglamento o el acto administrativo, que –se insiste- se explican según un postulado de heteronomía de la voluntad.

Con las aclaraciones expuestas, también puede afirmarse que en los actos administrativos discrecionales hay una heteronomía de la “voluntad”, y que en estas actuaciones también la responsabilidad es objetiva. Los actos discrecionales provienen, en efecto, de facultades que permiten una apreciación subjetiva por parte de la Administración, pero de ningún modo se configuran como actuaciones que dependan de un acomodado concepto de “autonomía de la voluntad” o de la “autodeterminación” del órgano o funcionario. Aparte de que en las potestades discrecionales existen elementos reglados –esto es, la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia y el fin-<sup>58</sup> y que dichas potestades siempre deben ejercerse en forma razonable y oportuna; debe considerarse que la Administración constituye una organización de servicio al interés general, que actúa según principios de eficacia y eficiencia, y en un marco de absoluto respeto a la Constitución, a los derechos fundamentales y a los principios generales del derecho.<sup>59</sup> Esto último, sumado a lo anteriormente dicho, descarta por inexacto cualquier intento de comparación entre la libertad que se predica del negocio privado y el margen de apreciación de la discrecionalidad, en cuanto posibilidad de elegir entre varias alternativas igualmente lícitas.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 453.

<sup>59</sup> Cfr. Sesín, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 5 y ss.

<sup>60</sup> La asimilación de la discrecionalidad a la libertad predicable del negocio jurídico privado se encuentra en García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 84.

La discrecionalidad es exigencia indeclinable de todo gobierno humano, que no puede estar reducido a una “normocracia” abstracta y neutral frente a la riqueza de situaciones y necesidades que plantea la vida social.<sup>61</sup> Pero la discrecionalidad se justifica siempre en el activo *servicio al bien común*, que impone resultados legítimos, como corresponde a una recta y buena administración. La discrecionalidad podrá verse, sí, como una concedida facultad de apreciar, evaluar y elegir, a diferencia de la rigidez de lo reglado, pero nunca prescindiendo de la simultánea consideración de los postulados que la orientan y que determinan una exigente juridicidad y *responsabilidad* en función del resultado justo y prudente. Esto explica que los actos discrecionales puedan ser fiscalizables, porque discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad o de absoluta libertad frente al ordenamiento jurídico.<sup>62</sup> No se trata, por tanto, del fácil acomodo de un concepto de negocio jurídico, que apreciando solamente el fenómeno de la facultad, se desentienda de los principios y valores en función de los cuales tal facultad es concedida y a los que se supedita. Estos principios y valores determinan que no toda decisión es legítima y que para serlo debe ser trasunto de la más acabada juridicidad, racionalidad, mérito y oportunidad, y conforme con los postulados de eficacia y eficiencia que son propios de una recta y buena administración.

La noción de responsabilidad objetiva del Estado no conduce, por otra parte, a la idea injusta e injurídica de una reparación cuando el perjuicio es fruto de la culpa o el dolo del propio particular, y mucho más aun, cuando dicho particular tiene la obligación jurídica de soportar una consecuencia jurídica o un hecho. Por una parte, constituye un axioma el que indica que el daño que alguno padece por su causa, no se entiende que lo padece;<sup>63</sup> y por otra parte, el ciudadano también tiene deberes jurídicos y la convivencia social y el orden público fundamentan la

---

<sup>61</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 454.

<sup>62</sup> Un acto de autoridad es contrario a Derecho, no sólo cuando viola la ley positiva, sino también cuando atenta contra los principios superiores que informan el ordenamiento y que guían la actividad de los órganos públicos, o cuando carecen de mérito, racionabilidad o fundamento. Justamente, como indica Tomás-Ramón Fernández: “La arbitrariedad se considera por doquier la antítesis de la racionalidad y de un mínimo de ésta no puede prescindir el Derecho”. Fernández, Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994, p. 189.

<sup>63</sup> Cfr. Hernández Terán, Miguel, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Guayaquil, EDINO, 1992, pp. 98 y ss.

limitación de los derechos y la imposición de obligaciones, sobre todo, con miras al mismo fin del Estado que es el bien común. Las consecuencias que el administrado tuviera que soportar como consecuencia de estas limitaciones y obligaciones juegan como elemento que delimita jurídicamente el alcance del principio de responsabilidad pública.

## **B. *Carácter directo***

El carácter directo de la responsabilidad pública, significa que las consecuencias jurídicas de las actuaciones del órgano o del funcionario o empleado público son inmediatamente imputables y atribuibles al Estado o entidad pública, de tal modo que son estos últimos los que *directamente*, frente al ciudadano, responderán por dichas consecuencias jurídicas.

La doctrina contemporánea enseña que el Estado o las entidades públicas no actúan a través de dependientes, o según figuras como el mandato o la representación. Por tanto, el régimen jurídico de la imputabilidad de las conductas y el de la responsabilidad pública no se adecuan a dichos cánones, que son más apropiados para las relaciones jurídicas del Derecho privado. Nuevamente debemos tener presente que el Estado tiene límites objetivos que provienen de su naturaleza y que configuran el Derecho al que el Estado está sujeto, Derecho que está directamente basado en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio.

Como explica Gordillo, el concepto de *órgano* sirve para imputar una conducta, acción u omisión, a una persona pública. El órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias que luego serán ejercidas por una persona física determinada que, al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de la *función pública*, produce la mencionada imputación. De esta forma, puede distinguirse un aspecto *institucional* (el conjunto de competencias) y un aspecto

subjetivo (el individuo titular).<sup>64</sup> El primer aspecto –advierte Gabino Fraga- es de carácter abstracto y permanente, mientras que el segundo es variable y no afecta a la continuidad del órgano. Este elemento subjetivo, por otra parte, se desenvuelve en dos esferas: la correspondiente a la función pública y la que es propia de su calidad de persona.<sup>65</sup>

El órgano no constituye una persona distinta del ente público al que pertenece, sino que forma parte integrante de su estructura; de tal forma que no tiene derechos o deberes diferenciados del ente, ni su voluntad es diferenciable de la voluntad de la organización pública, precisamente, porque la voluntad a través del órgano expresada es en esa medida la voluntad de la organización. Esta configuración orgánica constituye explicación suficiente del carácter directo de la responsabilidad pública.

Ahora bien, la imputación de los actos u omisiones del órgano a la persona pública de cuya estructura forma parte, se realiza en virtud del ejercicio de la *función pública* que el funcionario titular del órgano está destinado a desempeñar, es decir, apreciando la calidad de un acto como manifestación del desempeño de dicha función, lo cual lo permitirá calificar como un acto estatal o público, y no como un acto personal o privado del funcionario titular del órgano. En este punto es necesario resaltar que hablamos de una manifestación del desempeño de la *función pública*, esto es, del *empleo, destino o misión pública* que realiza una persona o personas físicas titulares del órgano, y es precisamente en dicha condición en la que se producen los actos estatales atribuibles a la persona pública y de los cuales será responsable en forma directa. Esta aclaración permite también apreciar que basta con provenir del ejercicio de la función pública para que un acto sea calificado como estatal, independientemente de que tenga vicios que lo hagan irregular, incluso en el caso de exceso de las atribuciones o competencias. En otros términos, un acto estatal no pierde su calidad de tal aunque haya sido producido por el titular del órgano que incurrió en vicios de

---

<sup>64</sup> Gordillo, Agustín, *Curso de Derecho Administrativo: Parte General*, 1a. ed. colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, pp. XII-1 – XII-3.

<sup>65</sup> Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 44a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 128.

incompetencia, objeto ilícito, falta de motivación o, en general, transgresiones al ordenamiento jurídico que hagan al acto nulo o anulable.<sup>66</sup>

La competencia, indica Gordillo, no designa al conjunto de actividades que pueden *imputarse* al órgano estatal, sino a aquellas que *lícitamente* puede realizar. La competencia es *requisito de validez* del acto estatal, pero no condicionante de su naturaleza estatal.

“Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la competencia como especie*. Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo*. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia: el que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, *pero ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

“*La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia del acto estatal o no*; claro está, todo acto realizado dentro de una competencia es acto estatal, pero conviene no olvidar que no porque haya incompetencia el acto deja necesariamente de ser referible al Estado.

“*La aptitud de obrar o ejercicio de la función* deriva, pues, de que se confiere al órgano una parte de la función administrativa, y con ello se aprecia de acuerdo con la “reconocibilidad externa” del acto o hecho; *la competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regla *la licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar”.<sup>67</sup>

### **C. La responsabilidad del funcionario**

La responsabilidad estatal, objetiva y directa, no significa impunidad de la persona del funcionario que ocasionó el perjuicio y que determinó, por su acción u

---

<sup>66</sup> Cfr. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, en nota 64, pp. XX-5.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. XII-11 – XII-12

omisión, culposo o doloso, una indemnización que debió cubrir el ente público al cual presta sus servicios.

La culpa y el dolo tienen trascendencia al momento de determinar la responsabilidad *personal* del funcionario o empleado público por el perjuicio irrogado en el desempeño de sus funciones. La función pública es un servicio a la colectividad e impone múltiples deberes; y así, cuando se encuentran violaciones a los mismos, el Estado y las demás personas públicas tienen el derecho de sancionar administrativa o penalmente al funcionario, así como de repetir contra éste por las indemnizaciones que fueron obligados a pagar por la conducta dolosa o culposa del servidor público.

Sin embargo, este régimen jurídico es distinto del que regula la responsabilidad pública frente al ciudadano; y es el propio del denominado Derecho Administrativo Laboral, que constituye el conjunto de principios y reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas de trabajo que se establecen entre el Estado y de sus servidores.

## **II. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

El fundamento primero del proceso contencioso administrativo es fácilmente deducible de los postulados fundamentales antes enunciados. La conclusión práctica y la consecuencia necesaria de éstos es la *posibilidad de un control jurídico de la actividad administrativa*.

La división de poderes implica una Función Judicial independiente, con autoridad para juzgar a la Administración Pública por sus actos. Este juzgamiento se lo hace conforme a Derecho y en nombre del Derecho, lo cual sólo es posible si el Estado y la autoridad pública están sometidos al ordenamiento jurídico, si están limitados por unos derechos del ciudadano, y por tanto, si son jurídicamente responsables. Por último, el ambiente democrático, sustentado en la participación ciudadana y en la abrogación del autoritarismo, es presupuesto básico del control

del poder, en atención a que en democracia el Derecho legitima los actos de la autoridad.

El proceso contencioso administrativo tiene por finalidad lograr que, de modo eficaz y efectivo, la Administración se someta al Derecho, al tiempo que se busca la efectiva vigencia y eficacia de los derechos de los ciudadanos. Tutela de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, inseparablemente, componen el aspecto teleológico del proceso contencioso administrativo; aspecto que constituye una garantía para el administrado íntimamente conjugada con el interés general. Esta perspectiva define la importancia del control jurisdiccional de la Administración Pública.

En efecto, el bien común y su realización plena, exigen un poder sometido al Derecho, como elemento esencial de una recta y buena administración, en beneficio de cada administrado y de la sociedad toda. El Derecho, a su vez, constituye para la Administración Pública un elemento fundamental que dibuja la racionalidad de su actuar. Desde una perspectiva social, y como destaca Tomás-Ramón Fernández, juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor:

“Porque, ¡nótese bien!, exigir a la Administración que de cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de esas razones es algo que no sólo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera. Juzgar a la Administración es, ciertamente una garantía, y una garantía esencial en un Estado de Derecho, que sin ella no podría siquiera merecer tal nombre, razón por la cual la Constitución no sólo la otorga a todos sin excepción alguna, ni personal, ni objetiva (“sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”: artículo 24.1),<sup>68</sup> sino que la asegura a ultranza en todo caso poniendo a su servicio, incluso el amparo constitucional. Pero juzgar a la Administración es también algo distinto y algo más que eso: *juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor*, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado

---

<sup>68</sup> La norma citada corresponde al artículo 24 numeral 17 de la Constitución ecuatoriana.

las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana de ayer y de hoy”.<sup>69</sup>

### **III. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

El régimen constitucional del proceso contencioso administrativo, en función del significado y caracteres del Estado de Derecho, requiere de un respaldo constitucional que, a mi juicio, debe tener un contenido mínimo determinado por las siguientes garantías:

- a. el derecho a la tutela judicial efectiva;
- b. independencia del órgano de resolución de conflictos entre Administración Pública y ciudadanos; y,
- c. posibilidad amplia de juzgar a la Administración Pública por sus actuaciones.

No obstante lo dicho, es menester indicar que la doctrina contemporánea empieza a delinear nuevas propuestas para un nuevo modelo de proceso contencioso administrativo en el cual se pueda juzgar –siempre dentro del papel constitucional del Juez- la calidad de los resultados de la labor administrativa además de su juridicidad.

#### **1. Derecho a la tutela judicial efectiva**

El reconocimiento de este derecho es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la correcta

---

<sup>69</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 62, p. 132.

convivencia social, asume el monopolio de la composición de los litigios y proscribela autodefensa. En efecto, no es concebible un ordenamiento jurídico en el cual tal monopolio y proscripción no lleven aparejado el derecho de acudir a la administración de justicia, de tal forma que “La correlación entre la interdicción de la autodefensa y el derecho a la tutela judicial se admite como un axioma en la doctrina procesal”.<sup>70</sup>

Por otra parte, cabe advertir que este derecho, en virtud de los fundamentos en los cuales se sustenta, es algo consustancial a todo Estado, independientemente del modelo político que se haya adoptado. Al respecto, Jesús González Pérez señala:

“El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho [...] La organización del Poder público de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a recogerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos tradicionales”.<sup>71</sup>

La trascendencia del derecho a la tutela judicial efectiva explica la acertada calificación de la jurisdicción como un poder-deber.<sup>72</sup> El Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia –sin la cual no existe ni orden ni derecho- y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido por los ciudadanos. La jurisdicción cumple el papel fundamental de hacer realidad el ordenamiento jurídico diseñado de modo abstracto por el legislador, función que

---

<sup>70</sup> González Pérez, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 23.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

<sup>72</sup> Ramírez Arcila, Carlos, *Fundamentos Procesales y Pretensiones Contencioso-Administrativas*, Bogotá, Temis, 1983, p. 91.

implica, junto a la realización del orden y la justicia, una labor que completa el ordenamiento. Como expresa Javier Pérez Royo:

“El ordenamiento jurídico es un sistema completo porque, en última instancia, cualquier asunto que se plantee en la sociedad encuentra respuesta en una norma del mismo y la encuentra a través de una decisión judicial. La debería encontrar en una decisión legislativa, es decir, en una norma aprobada por los propios individuos directamente o a través de sus representantes. Pero esto es imposible. Los individuos siempre acabarán desbordando las previsiones del legislador, por muy precavido que éste sea. Y, sin embargo, en el ordenamiento tiene que haber una respuesta para cualquier tipo de relación que se establezca entre los individuos. Eso sólo puede garantizarse a través de la acción del poder judicial, que tiene que ‘encontrar’ en el ordenamiento la norma aplicable al caso que tenga que resolver, sea el que sea. El juez tiene que dar respuesta a cualquier problema que se le plantee, sin poder no resolverlo pretextando que no existe una norma en el ordenamiento con base en la cual decidir. Se trata de un deber ‘inexcusable’, cuyo incumplimiento constituye delito de prevaricación”.<sup>73</sup>

Estas apreciaciones coinciden con las palabras de Juan Carlos Cassagne, quien manifiesta que “La naturaleza eminentemente práctica del derecho y su adherencia a la vida se revelan por el hecho de que ‘no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta’”,<sup>74</sup> lo cual no acontece por una suerte de megalomanía jurídica, sino:

“[...] por la necesidad práctica que cada uno siente de coordinar en cierto modo su actuación propia con la de los demás. En esto consiste esencialmente el Derecho; y un Derecho que resolviendo algunos casos de la vida, se mostrara incapaz de resolver los demás, se anularía ipso facto a sí mismo, puesto que resultaría inferior

---

<sup>73</sup> Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 8a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 488.

<sup>74</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, pp. 55-56.

a su función, que consiste precisamente en establecer un orden entre los seres que viven juntos (*hominis ad hominen proportio*)”.<sup>75</sup>

El derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas.<sup>76</sup> Se lo concibe como un derecho de prestación, ya que a través de él se pueden obtener del Estado beneficios, bien porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, bien porque exige que el Estado “[...] cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada”<sup>77</sup>, de modo que serán de responsabilidad de aquél los defectos y anomalías en las prestaciones que se le exigen.<sup>78</sup>

Este derecho fundamental, que en primer término supone una garantizada posibilidad de acceso a la jurisdicción, tiene relación con el derecho de acción.<sup>79</sup> Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva reclama, mucho más aun, unas garantías mínimas de eficacia que abundan a dicho acceso, pues, como el nombre indica, se trata de que la tutela judicial sea *efectiva*. Por esta razón, además del

---

<sup>75</sup> Del Vecchio, Giorgio, *Los Principios Generales del Derecho*, p. 41, citado por Cassagne, Juan Carlos, *Ibidem*, p. 56.

<sup>76</sup> Jesús González Pérez define a este derecho de la siguiente manera: “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 70, p. 33.

<sup>77</sup> Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73, p. 489.

<sup>78</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 70, p. 53.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 34 nt. 3. Para Eduardo J. Couture, “La acción es [...] el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 47. Según Hernando Devis Echandía, “Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso”. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002, p. 189. Para Enrique Véscovi, la acción “[...] es un poder jurídico de reclamar la prestación de la función jurisdiccional. O es un derecho subjetivo procesal y, por consiguiente, autónomo, instrumental. En consecuencia, se dirige al juez (como órgano del Estado) para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia)”. Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1999, p. 65.

acceso a la jurisdicción, el derecho a la tutela judicial efectiva también tiene por contenido la imparcialidad del Juez, la celeridad procesal, la proscripción de la indefensión y el cumplimiento ineludible de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habría la deseada efectividad en la administración de justicia. Estos contenidos, sin embargo, no significan que el derecho a la tutela judicial efectiva comporte una exclusiva exigencia a los jueces, pues también alcanza con vigor al Legislador, al imponerle el requerimiento de unas normas jurídicas que lo favorezcan, mas no impidan ni entorpezcan su cabal ejercicio.

Las prestaciones e imperativos propios del derecho a la tutela judicial efectiva no suponen que las pretensiones procesales y cuestiones incidentales sean siempre atendidas favorablemente, o que las leyes no puedan exigir requisitos razonables para el acceso a la jurisdicción o a los recursos, o que estos tengan que ser, en todos los casos, forzosamente admitidos. Se trata de la posibilidad de ocurrir a la jurisdicción para obtener una resolución judicial debidamente motivada en Derecho sobre el fondo del asunto planteado, que bien puede ser favorable o adversa, o de igual modo, en un sentido meramente procesal que conlleva la apreciación del Juez sobre el motivo legalmente previsto que impide el examen de fondo, o sobre las causas que impiden la concesión de un recurso. Con razón Javier Pérez Royo califica al derecho de tutela judicial efectiva como un derecho de índole constitucional, pero de configuración legal, ya que debe ejercerse por cauces razonables que el legislador debe establecer.<sup>80</sup>

Sentados estos presupuestos, es menester que analicemos más detenidamente los contenidos del derecho que nos ocupa y las garantías que implica.

Como quedó manifestado, el derecho a la tutela judicial efectiva contempla, en primer término, el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, Jesús González Pérez denota, que la protección del derecho de tutela judicial efectiva es más intensa cuando se ocurre por primera vez a la jurisdicción (a una primera instancia) que cuando se busca el acceso a un recurso. Es en aquel primer momento en donde

---

<sup>80</sup> Cfr. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73, p. 489.

debe desplegar toda su eficacia dicho derecho de ocurrir a la jurisdicción, ya que cualquier impedimento que no tenga causa trascendental ocasiona una violación absoluta, que se conjuga con la omisión de un deber constitucional de actuación. Estas razones imponen, por una parte, la interpretación *pro actione* de los requisitos legales, y por otra parte, reclaman que las leyes y los jueces otorguen la oportunidad de rectificación de errores o de cumplimiento de los requisitos no observados.

Lo anterior no sucede con igual intensidad en lo que se refiere a los recursos, pues suponen que ha ya habido un acceso a la jurisdicción y porque los requisitos de admisibilidad de un recursos apuntan más a las posibilidades de revisión de decisiones judiciales en posteriores instancias, que siempre deben tener un debido sustento que no retarde injustificadamente, al arbitrio del recurrente, la ejecución de lo ya decidido en instancias anteriores, en perjuicio de la contraparte y de la celeridad en la administración de justicia. Esto no quiere decir que la interpretación y aplicación de los requisitos de admisibilidad de los recursos pueda ser errónea, arbitraria o irrazonable, casos en el cual puede existir violación al derecho de tutela judicial efectiva.<sup>81</sup>

Por otra parte, la tutela judicial efectiva implica también que la justicia no se sacrifique por la sola omisión de formalidades, y obliga al Juez a tasar adecuadamente la trascendencia de los requisitos legales y a la subsanación de las deficiencias que puedan observarse, sin excesivos rigorismos y formalismos enervantes que conduzcan a la arbitrariedad. Estas precauciones también deben guiar al Legislador, quien en la elaboración de leyes debe ser lo suficientemente prudente en torno a la regulación de los procedimientos y al establecimiento de las exigencias procesales, y en todo caso, haciendo provisiones normativas que permitan salvar deficiencias puramente formales.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, además, aspectos que guardan relación con contenidos del derecho al debido proceso, en cuanto a los elementos básicos que permiten la efectividad de la justicia. En la definición que

---

<sup>81</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.* en nota 70, pp. 39 y 80.

del primer derecho se ha formulado, puede verse que hablo de “debidos cauces procesales” y de “garantías mínimas”, afirmación que puede producir desconcierto si se tiene presente que se proclama la autonomía del derecho al debido proceso, e incluso, que se habla de la posibilidad de violaciones independientes.<sup>82</sup> Al respecto, considero que fines teóricos determinados justifican el análisis de las singularidades, pero ello no quiere decir que la especulación científica pueda estar ajena a la observación de posibles relaciones.

Los derechos fundamentales no pueden observarse como compartimientos estancos que impliquen un absoluto desenvolvimiento autónomo respecto de un solo ámbito de la vida humana perfectamente delineado y excluyente. Las realidades humanas son ajenas a los modelos de laboratorio, y la verdad indica que muchas veces el respeto a un derecho también puede comportar el simultáneo acatamiento de aspectos de otro, de modo que en los contenidos del primero pueden estar implicados los del segundo. El estudio de las singularidades es legítimo, pero no es científicamente responsable dejar de detectar las posibles conexidades. Estas observaciones tienen especial importancia a la hora de determinar las violaciones y sus reparaciones, pues en efecto, el dirigir la atención a una sola parcela de la realidad y a una exclusiva violación de derechos, sin una factible correlación con otra, puede ocasionar la inoperancia de la reparación. Así, por ejemplo, en el preciso caso de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, si a una de las partes se le obstó el derecho de defensa, lo cual condujo a una sentencia adversa, no podría bastar la sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia correctiva, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual acarrea la determinación de responsabilidad y una posible indemnización.

Con estas apreciaciones, se puede entrar en el análisis de las garantías procesales mínimas que exige el derecho a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 58.

a. La imparcialidad del Juez es una garantía mínima que debe brindar la jurisdicción y que se exige todo proceso por la misma naturaleza de sus fines. Lo contrario –la parcialidad- significa arbitrariedad manifiesta, con la consiguiente imposibilidad de decir lo que en auténtico Derecho corresponde a las partes. Es por demás evidente que estas circunstancias impiden la efectividad de la tutela judicial, ya que tachan la idoneidad de quien está llamado a prestarla. Por lo demás, la necesidad trascendental de la imparcialidad explica la posibilidad de recusación y el deber de excusa.

Sobre este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva profundizaremos más adelante.

b. En lo que se refiere a la celeridad –o calidad de expedita- que debe caracterizar a la administración de justicia, mayor comentario no merece este contenido de una tutela judicial que quiera calificarse de *efectiva*, pues es evidente que la falta de oportunidad o demora en la resolución de una controversia no constituye una solución a las necesidades de justicia que exigen los ciudadanos. Sin embargo, la doctrina, por demás concededora de dicha problemática, precisa que pueden controlarse vicios, que por lo demás, no vienen a ser sino auténticas exageraciones. En este sentido, se dice que, dentro de lo “razonable”, deben evitarse dilaciones indebidas o prolongaciones indefinidas de los procesos que comporten privación de justicia, como por ejemplo, la conducta procesal abusiva que tenga por objetivo lograr la aplicación de las normas de prescripción.<sup>83</sup>

c. En cuanto a la necesidad de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que la composición de la litis contenga un adecuado elemento de contradicción que brinde al Juez un cabal conocimiento de la realidad. Se trata de oír a las partes, de permitirles probar sus asertos y de dar consideración a sus afirmaciones y elementos probatorios. Con ello, el juzgador asegura el debido conocimiento del asunto y la sustentación en Derecho del fallo. Esto incide en la efectividad de la tutela judicial que debe brindar, pues no sólo la apreciación de las

---

<sup>83</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 318 y ss.

alegaciones y pruebas da lugar al triunfo de una justa pretensión, sino también, en sentido contrario, a la justa desestimación de la que es inicua.

“La indefensión puede ser causada [...] por acción u omisión del juez, que comporte la infracción de una norma procesal, siempre que tal infracción prive de o limite los medios de defensa de una de las partes en el proceso.

“Para que exista indefensión tiene que producirse la concurrencia de un elemento subjetivo, una acción u omisión de un órgano judicial, y otro objetivo, la infracción de una norma procesal. Éstos son los presupuestos jurídicos de la indefensión. Pero lo determinante para definir la indefensión es el resultado. La infracción de la norma procesal por parte del juez tiene que acabar produciendo como resultado la privación del ejercicio del derecho de defensa. La parcialidad del juez, su desviación de lo que la igualdad constitucional le exige en el ejercicio de la función jurisdiccional, tiene que tener la intensidad suficiente como para que se note en el resultado. Si la desviación ha existido, pero no ha tenido la entidad suficiente como para influir en el resultado, la conducta del órgano judicial habrá sido incorrecta, pero no habrá producido indefensión.

“La indefensión tiene que ser, por tanto, demostrada. Quien considere que se la ha producido indefensión, no solamente tiene que alegar que se ha producido una vulneración de una norma procesal por parte del juez, sino que además tiene que probar que dicha infracción le ha privado del derecho a la defensa, y como consecuencia de ello le ha ocasionado un perjuicio real y efectivo”.<sup>84</sup>

d. Un tercer aspecto que contempla el derecho a la tutela judicial efectiva es el que impone el cumplimiento ineludible de los fallos judiciales. Propiamente, ninguna tutela judicial puede calificarse de efectiva si el fallo recaído en un proceso no se cumple, situación esta que niega por completo la realización de la justicia, por lo que el Legislador debe otorgar los suficientes poderes de ejecución a los jueces y prever mecanismos suficientes para que los fallos se acaten en debida forma. Este deber de acatar los fallos judiciales presenta una particular problemática cuando el condenado es el Estado, pues quien ostenta poder público

---

<sup>84</sup> Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73, pp. 487-498.

tiene todos los mecanismos de elusión imaginables y, verdaderamente, no se tienen los mismos instrumentos de ejecución con los que se cuenta en el caso de los particulares.

e. Por último cabe resaltar que el derecho a la tutela judicial efectiva impone que las sentencias y actos procesales decisorios –verbigracia los autos- sean debidamente motivados en derecho y que resuelvan en su totalidad los asuntos sometidos al conocimiento del Juez.

La motivación de las sentencias es consustancial a los principios de subordinación al Derecho e interdicción de la arbitrariedad que son propios del Estado de Derecho. Tal requisito esencial permite el control del superior por medio de los recursos y permite conocer al ciudadano las razones de la resolución. Jesús González Pérez destaca estos fundamentos y consecuencias de la motivación, y explica que “La tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios razonables. Y es necesario que la sentencia exponga los motivos en que se funda”. El mismo autor trae a colación un importante fallo del Tribunal Constitucional de España cuya doctrina debe tenerse presente:

“Hemos declarado con reiteración y recordado recientemente [...] que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios jurídicos razonables, de modo que un error notorio del juzgador puede implicar la infracción del artículo 24.1, C.E. (tutela judicial efectiva), ya que en ese caso, la decisión judicial no puede ser calificada de razonable y razonada jurídicamente, pues la aplicación de las normas se reduciría a mera apariencia [...]. Ahora bien, para que un error, en tanto que manifestación del juzgador no ajustada a la realidad, pueda afectar al derecho a la tutela judicial efectiva es necesario que concurren en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del juzgador tiene relevancia constitucional. Así, en primer término, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia [...]. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*; en definitiva, se trata de que comprobada su

existencia 'la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo' [...]. Además, la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia. Por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano [...].<sup>85</sup>

En lo que respecta a la integridad de la resolución en torno a las cuestiones planteadas al conocimiento del Juez, la tutela judicial no será efectiva respecto de aquello que no está resuelto en Derecho, lo cual puede derivar en un resultado de ineficacia y denegación de justicia por la omisión del Juez y su incursión en el silencio.

## **2. Imparcialidad del órgano que resuelve las controversias administrativas**

La jurisdicción, en palabras de Eduardo Couture, puede definirse en los siguientes términos:

"[...] función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".<sup>86</sup>

La jurisdicción es una función estatal. Es al Estado, como tercero imparcial y en ejercicio del poder público, a quien corresponde la misión de administrar justicia; de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De esta manera, cumple la tarea primordial de asegurar la continuidad del orden jurídico y de resolver las controversias que acontecen en el marco de las relaciones sociales. Sin embargo, cuando el Estado o sus instituciones son parte procesal, únicamente existirá

---

<sup>85</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 70, pp. 268-270. La sentencia es la STC 281/2000 de 27 de noviembre.

<sup>86</sup> Couture, Eduardo, *op. cit.*, en nota 79, p. 34.

proceso –y función jurisdiccional- si se cuenta con una autonomía real del órgano estatal al que se confía la jurisdicción, y “[...] en la medida en que el sujeto que administra y el sujeto que juzga, aun siendo Estado, aun formado parte de ese ente único que es el Estado, sean realmente distintos e independientes. Lo que solo ha sido posible mediante una estructuración orgánica del Estado en función del ordenamiento jurídico”.<sup>87</sup>

Como explica Alejandro Ponce Martínez:

“La independencia del poder judicial tiene un doble aspecto: a) positivo: en cuanto el poder judicial es libre e independiente de los demás poderes públicos, y b) negativo: en cuanto el poder judicial no puede intervenir ni tener injerencia en las atribuciones o funciones propias de los demás poderes públicos, lo cual no significa que, en el ejercicio de las propias, no pueda pronunciarse sobre los actos de las otras funciones del Estado, pues a la Función Judicial se lo ha confiado, en el Estado Moderno, la guarda del Derecho. Por ello, todo acto de las otras funciones del Estado está sujeto, ante reclamo individual, a la revisión jurisdiccional.

“La independencia de los jueces, de otra parte, se la puede mirar como absoluta, en cuanto ningún otro órgano del Estado puede interferir en la actividad propia de la función ni obstaculizar el desarrollo de los procesos, y como relativa, en cuanto cada juez es independiente de cualquier otro superior o inferior en el ejercicio de sus funciones”.<sup>88</sup>

En efecto, la posibilidad de juzgamiento del Estado administrador se hace efectiva en tanto los órganos del Estado Juez, en virtud de la ordenación y estructuración prevista por la Constitución, estén dotados de independencia frente a los demás entes que ejercen las restantes funciones públicas. Estos últimos caracteres, a su vez, permiten hablar de imparcialidad por parte del juzgador, de tal manera que se puede hacer efectiva la presencia de la justicia en las relaciones

---

<sup>87</sup> González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p. 43.

<sup>88</sup> Ponce Martínez, Alejandro, *Derecho Procesal Orgánico*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1991, p. 229.

que establece la Administración con los administrados. El Estado, en su faceta administrativa, busca realizar una serie de cometidos públicos que contribuyen al logro del bien común, y en el desempeño de tal actividad se vincula con otros sujetos de derecho. Por el contrario:

“Cuando el Estado juzga, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo a derecho, sino sujeto imparcial que examina si una pretensión es o no conforme al ordenamiento jurídico.

“Por eso, no existe jurisdicción –ni proceso- cuando es la propia administración la que *retiene* la función de examinar si son conformes a derecho las pretensiones frente a ella deducidas. La jurisdicción administrativa, como tal, no nació en aquellos países que la atribuyeron a órganos encuadrados en la administración sino después de una progresiva independencia y procesalización de tales órganos”.<sup>89</sup>

Por otra parte, el Juez debe estar predeterminado por la ley y dotado de unas competencias debidamente delineadas. La incompetencia es un vicio que tacha la idoneidad del Juez para conocer un asunto concreto, y por ende, enerva la efectividad de la tutela judicial. De igual forma, la imparcialidad del Juez exige nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto, pues la contaminación política o la misma configuración de estos juzgadores no permite una auténtica administración de justicia.

### **3. Posibilidad amplia de juzgar a la Administración Pública por sus actuaciones**

La doctrina señala que una de las características de los actos administrativos es la impugnabilidad, es decir, la posibilidad de atacarlos, bien mediante reclamaciones o recursos administrativos, bien mediante demanda.

---

<sup>89</sup> González Pérez, Jesús, *op cit.*, en nota 87, p. 43.

El concepto de acto administrativo, para efectos de la impugnación en vía judicial, ha llegado a ser en la jurisprudencia de otros países lo suficientemente amplio como para evitar la indefensión, y precisamente, en atención al derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>90</sup> Ello permite plantear una reformulación del concepto de actividad de la Administración Pública desde una perspectiva amplia dirigida a la *tutela de los administrados*, la cual debería abandonar los cauces tradicionales de la noción estricta de acto administrativo que, para tales efectos, resulta estrecha.<sup>91</sup> Por consiguiente, en mi opinión, el proceso contencioso administrativo debe diseñarse para que el Juez ejerza control jurídico respecto de cualquier manifestación de la actividad administrativa en su faceta pública, y no

---

<sup>90</sup> Un concepto estricto de acto administrativo se justifica para otros fines. En la actualidad se propugna una desconexión del acto administrativo respecto del contencioso. Como manifiesta Raúl Bocanegra Sierra:

“La desconexión de los actos administrativos del acceso al contencioso permite, en efecto, la construcción técnica de una figura jurídica de acto administrativo con perfiles propios, dotada de regímenes jurídicos operativos y de una funcionalidad específica en el sistema del Derecho Administrativo, al servicio de la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, que es, como vimos, su sentido original –al margen de su utilidad revolucionaria inicial para separar la actividad administrativa de la Justicia-. Es en una formulación de esta clase, desconectada por completo del acceso al contencioso y muy superior técnicamente, en la que adquieren pleno sentido las técnicas jurídicas, sustantivas y procesales, que el Ordenamiento jurídico pone a contribución de la garantía de seguridad jurídica que el acto administrativo implica. Así sucede, en el plano material, con la sanción de anulabilidad de los actos administrativos inválidos, que el Ordenamiento jurídico-administrativo impone como regla, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, en donde la infracción de lo establecido en las leyes se liga con carácter general a la mucho más grave sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho. Esta diferencia se justifica precisamente en las mayores exigencias de seguridad jurídica de las relaciones jurídico-públicas, en las que está presente, de forma decisiva, el interés público, cuya pendencia indefinida, en caso de invalidez de las actuaciones administrativas, no resulta sencillamente imaginable (Vogel, 1997). Todo esto tiene sentido, sin embargo, únicamente cuando la cualidad de las actuaciones administrativas así protegidas implica un determinado modo de actuar y el número de las mismas resulta razonable, es decir, cuando estamos ante actos administrativos en sentido estricto, no, desde luego, si la regla de la anulabilidad se proyecta sobre todo tipo de actuación administrativa, a la que no puede alcanzar, desde luego, sin merma de la seguridad jurídica y sin provocar la indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución, la convalidación de las actuaciones ilegales que la anulabilidad implica”. Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, en nota 55, pp. 30-31.

<sup>91</sup> Esta perspectiva amplia tiene la función específica de la tutela y en ella encuentra su justificación, pero no funciona definitivamente desde otras perspectivas y para otros fines, como los que se destacan en la cita anterior. Es por ello que no compartimos la concepción amplísima de acto administrativo de Aurelio Guaita, que incluye a los contratos, reglamentos, etcétera, y que a nuestro juicio sólo podría ser justificable para fines procesales de tutela. Véase, Guaita, Aurelio, “El Concepto de Acto Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, No. 007, Octubre-Diciembre de 1975, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

exclusivamente entorno al concepto estricto de acto administrativo.<sup>92</sup> Según este criterio, además de la impugnación de actos administrativos, se postula el juzgamiento de la Administración Pública por vías de hecho y por omisiones.

Por otra parte, coherentemente con el postulado de subordinación al Derecho, ningún aspecto de la actividad de la Administración Pública debe ser inmune al control judicial. Sobre ello, especial referencia merece la discrecionalidad, que lastimosamente en círculos forenses y burocráticos poco profundos ha sido concebida como una “libertad” de decisión, que supuestamente fundamentada en el criterio –a no dudarlo, verdadero- de la necesidad de que la Administración pueda apreciar diversas circunstancias, limita la labor del Juez a los actos administrativos estrictamente reglados, con el pretexto de que el juzgamiento de la actividad discrecional significa un entrometerse en la función de administrar.

En cierto que las facultades discrecionales son una exigencia de todo gobierno humano. Siempre es necesario que la autoridad tenga un margen de actuación libre frente a las diversas circunstancias que la realidad social puede plantear, las cuales no pueden ser agotadoramente previstas por la norma. También es verdad que al Juez, que está llamado a aplicar el Derecho, no le corresponde suplir o intervenir en ese tipo de apreciación que hace el gobernante

---

<sup>92</sup> Lo cual también vendría a rescatar las funciones propias de dicho concepto, como ya se ha puesto de manifiesto. Al respecto, Raúl Bocanegra Sierra (*op. cit.*, en nota 55, p. 43) advierte que la concepción amplísima de acto administrativo al que ha llegado la jurisprudencia española terminó desdibujando la noción y la hizo inservible. Dice el autor citado:

“En todo ello tienen que ver, sin duda, las exigencias de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y del artículo 1 de la Ley Jurisdiccional de 1956, que sólo admitía el recurso contencioso-administrativo en relación con los “actos” de las Administraciones públicas. La LJ de 1998 ya no alude a los “actos” administrativos, sino a la “actividad administrativa” como objeto de control jurisdiccional, al tiempo que incorpora una cierta apertura (aunque tímida en exceso) a la configuración del contencioso como un sistema de acciones, lo que, ciertamente, podría permitir un intento serio de separar los actos administrativos del acceso al contencioso, y adentrarse, con ello, en la búsqueda de una distinción clara entre una noción estricta de acto administrativo, superior técnicamente a los conceptos amplios, y la de aquellas otras actividades o actuaciones administrativas que, debiendo ser objeto de control jurisdiccional, no son realmente actos administrativos”.

Todo esto equivale a decir que es menester plantearse los fines del proceso contencioso administrativo desde un plano de tutela y diseñar dicho proceso en base dichos fines.

o el administrador, pues estaría interviniendo en cuestiones de índole gubernamental o política.

No obstante, es erróneo creer que existe una discrecionalidad pura, o que la discrecionalidad es el antónimo absoluto de lo reglado. En las facultades discrecionales, el ordenamiento jurídico otorga a la Administración una cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción; para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.<sup>93</sup> En palabras de Héctor Mairal:

“La facultad discrecional [...] se encontrará allí donde la Administración cuente con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho ante la cual dictará el acto previsto por la norma, a la determinación del acto que dictará ante la situación de hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto. Cualquiera que sea el aspecto sobre el cual recae la posibilidad de elección, se tratará de una facultad discrecional y no le serán aplicables los principios antes mencionados para las facultades regladas.”<sup>94</sup>

No obstante, la discrecionalidad –que permite a la Administración una esfera de estimación subjetiva- no significa un ámbito de actuación marginal al Derecho; “[...] es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter”. No hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley, y en la medida en que ésta lo haya dispuesto.<sup>95</sup>

La discrecionalidad, como observan García de Enterría y Fernández, no puede ser total, sino parcial; es decir, relativa a los elementos y aspectos que la

---

<sup>93</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 48, p. 467.

<sup>94</sup> Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984, vol. II, p. 647.

<sup>95</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 462-463.

propia ley define. Por otra parte, la existencia de potestades discrecionales, no significa que los actos que provienen de aquéllas no tengan elementos reglados. No existe discrecionalidad pura.

“En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión [...], la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional del quantum pero dentro de determinadas magnitudes, etc.). De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora”.<sup>96</sup>

#### **IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LAS CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

##### **1. En la Constitución Política de la República del Ecuador**

a. El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador en los siguientes términos:

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 454.

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

En la disposición transcrita pueden observarse los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva que se analizaron anteriormente, esto es, el derecho de acceso a la jurisdicción, la imparcialidad de los jueces, la celeridad en la administración de justicia y, en suma, la proscripción de la indefensión. En lo que interesa a la temática de este trabajo, es importante destacar que la Constitución ecuatoriana concibe al incumplimiento de las sentencias como una infracción, lo cual explica la disposición de que dicho incumplimiento “será sancionado por la ley”. Lastimosamente, como pondré de manifiesto en el capítulo quinto, el sistema ecuatoriano de ejecución de sentencias está lejos de hacer realidad el efectivo cumplimiento de las sentencias adversas a la Administración Pública.

El artículo 75 de la Constitución ecuatoriana guarda relación con otras disposiciones que lo complementan. Así, los literales k) y l) del numeral 7 del artículo 76 garantizan, por una parte, el derecho a un juez independiente, imparcial y competente, sin que se tolere la existencia de tribunales de excepción, y por otra parte, el derecho a la motivación de las resoluciones de las autoridades públicas, incluidas las judiciales. El artículo 172, a su vez, obliga a los jueces a administrar justicia con apego al Derecho y de modo diligente. Las disposiciones citadas dicen textualmente lo siguiente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

“7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]

“k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

“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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados [...].

“Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

“Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia”.

Es importante también referirse al artículo 169 de la Constitución ecuatoriana, que establece las características que debe reunir el sistema procesal, y que concibe a éste como medio para la realización de la justicia, fin este que prevalece sobre las formalidades. El artículo 169 dispone lo siguiente:

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

*b.* La Función Judicial ecuatoriana se organiza según tres principios básicos: independencia, exclusividad y unidad de jurisdicción.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> El COFJ agrega otros principios como el de supremacía constitucional, responsabilidad, dedicación exclusiva de los jueces, etcétera. No obstante la importancia de estos principios de funcionamiento y de conducta, considero que los cimientos institucionales de la Función Judicial del Ecuador residen en la independencia, exclusividad y unidad de jurisdicción. Estos postulados, en efecto, determinan las características propias de dicha Función y establecen las reglas propias que la configuran y que delimitan sus relaciones con las demás funciones.

Sobre el principio de independencia, el numeral 1 del artículo 168 de la Constitución ecuatoriana dispone:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

“Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”.

Esta norma guarda relación con el artículo 167, que establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.<sup>98</sup> Ahora bien, de conformidad con el artículo 178 son órganos jurisdiccionales de la Función Judicial la Corte Nacional de Justicia, las cortes provinciales de justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley y los juzgados de paz.<sup>99</sup>

Interesa destacar que el artículo 173 de la Constitución ecuatoriana lleva implícito el reconocimiento de un sistema de corte judicial en lo que corresponde al proceso contencioso administrativo, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, como el francés. La norma citada dispone que “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. Ahora bien, si la potestad de administrar justicia corresponde a los

---

<sup>98</sup> Esta norma constitucional, al decir “y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”, se estaría refiriendo al Tribunal Contencioso Electoral, órgano jurisdiccional que no pertenece a la Función Judicial, sino a la denominada “Función Electoral”. También habría una referencia a la Corte Constitucional, de carácter autónomo, que es “[...] el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”, como dice el artículo 429 de la Constitución.

<sup>99</sup> De conformidad con el artículo 177 de la Constitución, la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, que son los que se han detallado, y además, de órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. El órgano administrativo de la Función Judicial es el Consejo Nacional de la Judicatura. Los órganos auxiliares son el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. Por último, los órganos autónomos son la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado.

órganos de la Función Judicial y se establece un principio de unidad de jurisdicción, es válido concluir que se establece un sistema judicial para lo contencioso administrativo, ya que sería conforme con la norma constitucional que los órganos de las demás funciones del Estado ejerzan funciones jurisdiccionales.<sup>100</sup>

El principio de exclusividad postula que la justicia debe ser administrada, exclusivamente, por los órganos de dicha Función, lo cual no admite excepción en ningún tipo de circunstancias, por muy extraordinarias que sean.<sup>101</sup> La independencia de la administración de justicia trae aparejado un principio de exclusividad que, en primer término, se sustenta en el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana:

“Art. 226.- 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 principio de exclusividad, por otra parte, constituye un componente esencial del derecho fundamental al debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la neutralidad e independencia de la Función Judicial, sumadas a la existencia de organización que funciona con un método propio y adecuado a su fin, es una garantía de justicia. Por ello, el literal k) del numeral 7 del 76 de la Constitución ecuatoriana dispone que “Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

El principio de unidad de jurisdicción se encuentra establecido en el numeral 3 del artículo 168 de la Constitución ecuatoriana:

---

<sup>100</sup> La salvedad, como ya se indicó en la nota anterior, está en el Tribunal Contencioso Electoral y en la Corte Constitucional.

<sup>101</sup> Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73, p. 910.

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...]”

“3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.<sup>102</sup>

Según explica Javier Pérez Royo, cuyo criterio es aplicable a la normativa ecuatoriana, el principio de unidad de jurisdicción es una concreción del principio de exclusividad.

“Si la justicia tiene que ser administrada única y exclusivamente por jueces y magistrados integrantes del poder judicial [...] no puede haber ni una sola manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional que escape de este principio”.<sup>103</sup>

La administración de justicia, advierte Francisco Tinajero Villamar, “[...] debe ejercerse solamente por órganos jurisdiccionales y no por órganos administrativos a través de la figura conocida como ‘jurisdicción retenida’”.<sup>104</sup> El principio de unidad de jurisdicción implica que ningún acto o hecho jurídico queda al margen de la posibilidad de ser sometido a discusión ante los jueces competentes, y significa, además, que el acto jurisdiccional como tal sólo puede provenir con carácter definitivo, y con sus efectos propios y específicos, de la Función Judicial. De esta manera, los tribunales o jueces enquistados en la función ejecutiva dejan de ser tribunales y se convierten en administradores, aunque resuelvan

---

<sup>102</sup> La salvedad, insistimos, está en el Tribunal Contencioso Electoral y en la Corte Constitucional.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 912.

<sup>104</sup> Tinajero Villamar, Francisco, “Incidencia de las Reformas Constitucionales en el Contencioso Administrativo”, en *Cuaderno Jurídico “Reformas Constitucionales”*, Quito, Fundación Hans-Seidel, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1993, p. 81.

controversias entre particulares. De la unidad jurisdiccional se desprende también que los jueces tienen su específica esfera de acción dentro del ámbito de su competencia y, en consecuencia, ningún órgano público puede disputarles el ejercicio de la jurisdicción.<sup>105</sup>

Por el juego de los tres principios constitucionales enunciados y sus mutuas implicaciones, la Función Judicial tiene la garantía suficiente de ejercer su facultad de aplicar e interpretar la ley libremente, sin intervención e injerencia de los otros órganos del poder público, a lo cual se suma que dicha Función es a la única que corresponde el ejercicio de la jurisdicción, sin que sea legítimo que otros órganos de naturaleza distinta tengan como atribución la juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.<sup>106</sup> En tal virtud, no es admisible en el sistema constitucional ecuatoriano la existencia de órganos administrativos que ejerzan jurisdicción, o que sea la Administración la que tenga que sustanciar el proceso contencioso administrativo, como sucede en Francia o Colombia a través del Consejo de Estado.

c. En el concreto caso del proceso contencioso administrativo, en Ecuador, desde 1967 hasta la expedición de las reformas constitucionales de 1992 existieron dos grandes tribunales especializados en materia administrativa: el Tribunal Fiscal, con competencia en todo lo relativo al ámbito tributario, y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para todo asunto distinto de lo tributario. Estos órganos jurisdiccionales no pertenecían a la Función Judicial y tenían jerarquía igual a la de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, en virtud de las reformas mencionadas, se crearon tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo, con jerarquía de corte superior, y se establecieron salas especializadas de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, que actuaba como tribunal de casación para la resolución de controversias en la materia de que tratamos.

---

<sup>105</sup> Ponce Martínez, Alejandro, *op. cit.* en nota 88, p. 235.

<sup>106</sup> Cfr. Alsina, Hugo, *Fundamentos de Derecho Procesal*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, t. IV, p. 385. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73, pp. 909-914; Tinajero Villamar, Francisco, *op. cit.*, en nota 104, p. 81. Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3a.ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, t. I, p. 629.

La inclusión de estos tribunales distritales en la organización de la Función Judicial provocó un serio debate en defensa de su autonomía, con el argumento de la necesidad de contar con jueces especializados en materia pública. No obstante, consideramos que tal protesta quedó sin suficiente demostración en los hechos, pues existe una delimitación de competencias que impide que jueces versados en otras materias juzguen sobre la actividad administrativa. Lo positivo de la inclusión de los antiguos tribunales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal fue que se sometieron a la carrera judicial y al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial, que según la Constitución forma parte de su estructura orgánica.

Actualmente, según dispone el artículo 183 del COFJ, la Corte Nacional de Justicia, como tribunal de casación, cuenta con salas especializadas para las materias contencioso administrativa y tributaria. En las instancias inferiores, dichas materias las conocen las salas especializadas de lo contencioso administrativo y de lo tributario de las cortes provinciales, de tal modo que se suprimen los tribunales distritales.

d. El artículo 196 de la Constitución ecuatoriana de 1998 establecía que los actos administrativos de cualquier autoridad pueden ser impugnados ante los órganos competentes de la Función Judicial. El actual artículo 173 de la Constitución de 2008 contiene una norma similar. La disposición constitucional de 1998, que se mantiene en la actualidad, tácitamente derogó algunas disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que con un criterio muy criticable, adoptó un criterio orgánico o subjetivo para establecer los actos que podían impugnarse ante los órganos jurisdiccionales competentes, de tal forma que por mucho tiempo fue imposible impugnar auténticos actos administrativos provenientes de la Función Legislativa y Judicial.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Como es sabido, la Administración Pública ha sido concebida en base a dos criterios: el objetivo, que mira a la misma como una actividad, y el subjetivo, que atiende a lo orgánico, al aparato administrativo. Consideramos que para efectos del control jurisdiccional de la Administración Pública debe utilizarse un concepto objetivo, justamente, porque los problemas de indefensión que han quedado evidenciados. Además, dicho control no debe ceñirse al estricto

Considero que el proceso contencioso administrativo, en atención al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe tener como norte la *protección de los administrados*, antes que condicionarla a los resultados teóricos de discusiones eruditas o dogmas doctrinarios que en la práctica pueden revelar su intrínseca debilidad. Dicha protección debe extenderse a la actividad materialmente administrativa de cualquier órgano público, e incluso de aquellos entes jurídicos a los que el ordenamiento ha confiado manifestaciones de dicha actividad.

Debe resaltarse que los artículos 196 de la Constitución de 1998 y el 173 de la Constitución vigente no distinguen entre actos administrativos reglados y discrecionales, a diferencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que sí lo hace y que los excluye del control judicial. No obstante, por razones de supremacía constitucional, dichas disposiciones de la Ley deben entenderse derogadas.

## **2. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

a. El artículo 17 de la Constitución mexicana contiene elementos fundamentales que configuran el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta disposición constitucional es terminante en proscribir la autodefensa, pero a la prohibición de la justicia por mano propia y de la violencia para reclamar una pretensión, se apareja el derecho de todo ciudadano a que se le administre justicia a través de órganos que ejercen jurisdicción. En este punto, se garantiza el derecho de acción. La norma añade que los tribunales deben estar “expeditos” para impartir justicia, en los tiempos y términos que fijen las leyes”, lo cual implica que deben emitir sus resoluciones de manera “pronta, completa e imparcial”. En suma, la Constitución mexicana exige, no sólo el acceso a la jurisdicción, sino también *cualidades* en la administración de justicia, esto es, celeridad, imparcialidad e integridad.

---

concepto de acto administrativo, sino al más amplio de actividad administrativa. Estos temas serán objeto de análisis en el capítulo cuarto.

Estas exigencias necesariamente implican los siguientes aspectos: a) la proscripción de la indefensión, pues es contrario a una recta administración de justicia y al derecho del ciudadano la falta de oportunidad en la decisión judicial; b) la prohibición de la parcialización del juzgador, precepto que también impone el reconocimiento del derecho de contradicción y de defensa; y, c) la obligación de resolver de modo completo y sobre todas las pretensiones procesales y aspectos vinculados al proceso, ya que de lo contrario no se podría hablar, en propiedad, de justicia.

Por otra parte, el artículo 17 garantiza la independencia de los tribunales y la plena ejecución de los fallos, elementos que también se relacionan con la proscripción de la indefensión y, además, con la exigencia de la idoneidad del juzgador y con la realización práctica del derecho, resultado éste último que no sería posible si no existiesen mecanismos de ejecución de las decisiones judiciales.

Los artículos 13 y 14 de la Constitución mexicana garantizan la imparcialidad de los jueces y exigen que sus pronunciamientos se hagan en nombre del Derecho, sin contaminaciones extrañas a lo estrictamente jurídico. Dichos artículos prohíben el juzgamiento del ciudadano por tribunales de excepción, de tal forma que tal juzgamiento sólo puede hacerse por tribunales previamente establecidos en las leyes.

Interesa también destacar que las normas últimamente citadas también involucran el derecho a la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso. En efecto, los artículos 13 y 14 de la Constitución mexicana garantizan la previsibilidad del tribunal que juzgará, prohíben el juzgamiento por leyes privativas, y exigen que el procedimiento sea establecido por leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La seguridad jurídica se cumple cuando los ciudadanos tienen la debida *certeza* sobre lo que es derecho en un momento determinado y un suficiente

grado de *confianza* sobre las consecuencias jurídicas de una acción u omisión.<sup>108</sup> También determina que los ciudadanos gocen de la *previsibilidad de la conducta de las autoridades estatales*, en cuanto aquella seguridad demanda que los actos de esos órganos se conformen *en procedimiento y contenido* a la Constitución.<sup>109</sup> De ahí deviene el derecho a ser juzgados por leyes conocidas y divulgadas a través de los medios de los que cuenta el Estado (verbigracia, el Diario Oficial de la Federación). Además de lo dicho, la seguridad jurídica también implica, en el concreto ámbito procesal, un grado suficiente de certeza sobre el procedimiento que aplicará el Juez, lo cual, a la par que garantiza la seguridad jurídica, afianza las garantías del debido proceso.

Especial referencia merece la disposición que se refiere a que los jueces sólo pueden juzgar según la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la misma, y a falta de ésta, de conformidad con los principios generales del Derecho. En efecto, un auténtico Juez sólo puede hablar en nombre del Derecho y, por tanto, debe someterse estrictamente a las disposiciones de la ley y a su genuino sentido, pero además, su función de administrar justicia no puede entorpecerse por falta u oscuridad de la ley, lo cual significa que la Constitución mexicana garantiza, como corolario del derecho a *obtener justicia*, que el Juez otorgue una solución jurídica cierta a la controversia planteada.

b. En el concreto ámbito de lo contencioso administrativo, la Constitución mexicana establece que el Congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, podrán expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo, “dotados de plena autonomía para

---

<sup>108</sup> García-Escudero, Piedad, “Seguridad Jurídica”, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 2001, CD-ROM.

<sup>109</sup> Como dice Sagüés, hay seguridad jurídica en los siguientes casos: a) Cuando el habitante sabe que las decisiones de los poderes públicos se adoptarán según el esquema constitucional de asignación de competencias (es decir, según el principio de división de funciones), de tal modo que no habrá invasión de una función en lo que es propio de la otra. Esto crea un clima de seguridad en la misma estructura jurídica estatal, que impide que un órgano constitucional realice cometidos impropios. b) Cuando se respeta el contenido de la Constitución, en cuanto ésta es la norma fundamental que guía y orienta al ordenamiento jurídico y a la actuación de la autoridad pública, de tal forma que habrá confianza en la vigencia de los derechos fundamentales. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, en nota 106, t. II, pp. 372-373.

dictar sus fallos”, y que tengan a cargo dirimir controversias que se susciten entre las respectivas administraciones públicas y los ciudadanos (artículos 73 fracción XXIX-H, 116 fracción V y 122 base quinta).

En el orden federal, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no está comprendido dentro de las estructuras y organización del Poder Judicial de la Federación, como puede observarse de la lectura del artículo 94 de la Constitución, que enumera taxativamente los órganos que integran dicho Poder (artículo 94 de la Constitución).

Es interesante destacar que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de 1995 –que estuvo vigente hasta su abrogación por la Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de diciembre de 2007- calificaba al organismo de “tribunal administrativo”. Sin embargo, dicha disposición guardaba conformidad con la disposición del artículo 73 fracción XXIX-H de la Constitución, ya que disponía que el Tribunal estaba “dotado de plena autonomía para dictar sus fallos”. Es decir, la Ley Orgánica de 1995, no obstante indicar que dicho órgano es “administrativo”, ratificaba la función del Tribunal como juzgador imparcial de las controversias que se suscitaban entre la Administración Pública federal y los administrados.

Especial consideración merece el adjetivo de “administrativo” con el cual le calificaba la Ley Orgánica del Tribunal de 1995, cuyas consecuencias jurídicas no eran precisas, ni se encontraban claramente definidas. ¿Acaso se trataba de un tribunal semejante al *Conseil d'État* francés? O en otros términos, ¿el contencioso administrativo en el orden federal, según la Ley Orgánica de 1995, se encuadraba en los esquemas del sistema administrativo que impera en Francia? Para contestar estos interrogantes, en primer término, debemos considerar que el *Conseil d'État* tiene la doble función de ser juez supremo en materia administrativa y de órgano consultivo del gobierno,<sup>110</sup> competencia esta última de la que siempre ha carecido el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Por otra parte, el calificativo de “administrativo”, ¿indicaba que este organismo está inscrito en la

---

<sup>110</sup> Véase al respecto, République Française, Conseil d'État, <http://www.conseil-etat.fr>.

estructura de la Administración Pública Federal, que según la Constitución mexicana es centralizada y paraestatal, definida por el artículo 90 constitucional? Ni en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ni en la Ley de Entidades Paraestatales consta el Tribunal como órgano administrativo, que si no era de “jurisdicción retenida”, por lo menos hubiera sido de “jurisdicción delegada”. Tampoco en de las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal de 1995 se podía deducir que se trate de un órgano de la Administración Pública, de tal modo que resultaba extraño el calificativo de “administrativo”, al menos desde el punto de vista orgánico.<sup>111</sup>

La denominación de “administrativo”, sin duda, tiene una explicación histórica, ya que fue herencia de la Ley de Justicia Fiscal de 1936, a la cual me referiré en el capítulo quinto, cuando analice el sistema mexicano de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública.

En la actualidad, la vigente Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de diciembre de 2007, suprimió aquella calificación extraña de “tribunal administrativo”. El vigente artículo 1 de la citada Ley dispone que el Tribunal es de “lo contencioso-administrativo”, lo cual es expresión clara de su función, antes que de una supuesta naturaleza “administrativa”. El artículo citado dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 1.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un tribunal de lo contencioso-administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y atribuciones que esta Ley establece”.

---

<sup>111</sup> La misma calificación de “administrativo” la hace el artículo 1 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, no obstante lo cual, esta Ley especifica que es “independiente de las autoridades administrativas”. Esta independencia también está prevista en las leyes respectivas de algunos estados, como Baja California y México, que no lo califican de “administrativo”. En el caso de Sinaloa, se expresa que el Tribunal es autónomo y que tiene también independencia de carácter presupuestal para garantizar su imparcialidad. En otros estados, como Campeche y Morelos, el proceso contencioso administrativo lo conoce el Poder Judicial de cada entidad.

Lo que puede destacarse del Tribunal, aun cuando haya sido calificado en su momento de “tribunal administrativo”, es que *administra justicia y ejerce jurisdicción de modo independiente e imparcial*, pero no pertenece a la estructura orgánica del “Poder” Judicial de la Federación ni a la Administración Pública Federal. Sobre la naturaleza jurídica del Tribunal observa Iturbe Rivas:

“Si bien es indiscutible que lleva a cabo una función jurisdiccional no pertenece formalmente al Poder Judicial Federal, lo que se corrobora con la lectura del capítulo IV “*Del Poder Judicial*” (artículos 94 a 107) del título tercero de la Carta de Querétaro y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (1995). Tampoco el capítulo III “*Del Poder Ejecutivo*” (artículos 80 a 93) del mismo título, ni la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículos 2º a 9º) lo reputan perteneciente a la administración pública federal. Además, es ostensible que no se encuentra eslabonado en la organización ejecutiva jerarquizada”.<sup>112</sup>

Como ya se dijo, la primera observación que puede hacerse respecto del Tribunal, es que se trata de un órgano que ejerce jurisdicción, esto es, la función pública de administrar justicia, y se garantiza su imparcialidad por la denominada “autonomía para dictar sus fallos”, lo cual indica, a pesar de la imprecisa calificación de “administrativo” con la que se le calificaba hasta el año 2007, que este Tribunal no ejerció la denominada jurisdicción *retenida*. En este sentido, la Constitución mexicana cumplió y cumple con el requisito básico de independencia e imparcialidad que se necesita para que exista un auténtico proceso contencioso administrativo, y hace honor al derecho a la tutela judicial efectiva en esta materia.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Iturbe Rivas, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004, p. 81.

<sup>113</sup> Vale reiterar en este punto lo dicho anteriormente: cuando el Estado o sus instituciones son parte procesal, únicamente existirá proceso –y función jurisdiccional- si se cuenta con una autonomía real del órgano estatal al que se confía la jurisdicción, y en la medida en que el sujeto que administra y el sujeto que juzga, aun siendo Estado, aun formado parte de ese ente único que es el Estado, sean realmente distintos e independientes.

c) Los artículos 73 fracción XXIX-H, 73 fracción XXIX-H, 116 fracción V y 122 base quinta de la Constitución mexicana establecen la base conceptual del proceso contencioso administrativo, que posteriormente se desarrollaría en las leyes respectivas, al indicar que los tribunales de lo contencioso administrativo conocerán de las “controversias” que se susciten entre las administraciones públicas y los particulares. El artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa establece que este órgano jurisdiccional conocerá de las “resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos” que versen sobre materias que en una larga lista se enuncian, por lo cual puede afirmarse con certeza que en México existe una posibilidad amplia de juzgar la actividad administrativa.

### **3. Los retos del proceso contencioso administrativo según los principios de eficacia y eficiencia en la Administración Pública**

La doctrina constata cada vez más la necesidad de un Estado que, además de fundamentarse en el principio de juridicidad, tenga una debida capacidad de respuesta a una problemática social cada vez más compleja. El ideal que refleja la doctrina contemporánea es un Estado Social de Derecho que obtenga *resultados de calidad*, es decir, que sea también *eficaz y eficiente*, lo cual debe traducirse en decisiones que, a la vez de idóneas en la solución de las necesidades públicas, se adopten al menor costo posible. Tal ideal, sin embargo, no se logra con el sólo fortalecimiento de la organización del Estado y de la Administración Pública, sino que debe ser reflejo de la vigencia de los derechos fundamentales, esto es, de la plena efectividad de sus valores, contenidos e implicaciones.

En nuestros tiempos, la recta y buena Administración Pública gira en torno a tres principios de igual jerarquía: juridicidad, eficacia y eficiencia. Sobre la juridicidad mucho se ha escrito. En suma, es un elemento esencial del Estado de Derecho, traducido en la “juridización” del ejercicio del poder público, con la consiguiente proscripción de la arbitrariedad. Constituye el principio de subordinación del poder público al ordenamiento jurídico.

Los conceptos de eficacia y eficiencia son novedosos y se reconocen en algunas constituciones, como la española de 1978 en el artículo 103.1:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

La eficacia y la eficiencia se refieren *a la calidad de la gestión administrativa y a sus resultados*. La eficacia puede definirse como la obtención de *resultados idóneos* para la solución de un problema o la satisfacción de una necesidad. Dichos resultados idóneos, ante todo, deben ser expresión cabal, no sólo del respeto, sino más aun, de la *promoción* de los derechos fundamentales. La eficiencia, por su parte, puede describirse como la obtención de dichos resultados idóneos, *al menor costo posible*.

En materia de Administración Pública, la eficacia y la eficiencia deben presentarse, tanto en la actividad administrativa, como en la organización que la desempeña. Dichos principios se traducen en la realización efectiva, con objetividad, de los aspectos que constituyen el bien común, fin del Estado. Exigen, por una parte, la ponderación adecuada de las exigencias sociales y, con esos datos, la determinación de soluciones idóneas de satisfacción social y de mejoramiento de la calidad de vida de la población. En el plano de la organización, se requiere la calidad de sus estructuras, su racionalización, celeridad y procedimientos administrativos simplificados, para obtener una acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de sus cometidos.<sup>114</sup>

En el Derecho Público contemporáneo –constitucional y administrativo- los derechos fundamentales constituyen el más importante elemento de definición de la misión de la autoridad pública y del contenido del bien común. El fin del Estado

---

<sup>114</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado Social de Derecho”, en Rujana Quintero, Miguel (Comp.), *Filosofía del Derecho: Ética, Cultura y Constitución*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 517-528.

o el interés general, no se expresan en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se fundamentan en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, jurídicamente expresadas en los derechos que les reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, expresión de la suprema dignidad de la persona, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de Derecho.<sup>115</sup>

La Administración Pública constituye una actividad de gestión inmediata y práctica para la consecución del bien común. En materia pública, el reto de la eficacia y la eficiencia en la actividad administrativa se condiciona por la posibilidad de atender, con oportunidad y calidad, los requerimientos y necesidades de una sociedad de conformación muy heterogénea, especialmente, en los países de Latinoamérica, que se destacan por una singular problemática económica y social. Es de elemental evidencia, en el plano socioeconómico, que existen sectores sociales diferentes, con requerimientos distintos. Las sociedades latinoamericanas muestran sectores con elevados niveles de ingresos y de bienestar, que conviven con la denominada “clase media”, hasta toparse con alarmantes escenarios de pobreza y menesterosidad. Desde otra perspectiva, se puede analizar la situación de grupos humanos especialmente vulnerables, como sucede con los menores y los ancianos. Además, este panorama se vuelve más complejo si se considera que los países de Latinoamérica tienen una composición

---

<sup>115</sup> La idea de un bien común de rostro humano fue expresada en el artículo 16 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. El mismo precepto fue copiado, añadiendo un toque de lirismo, por la Constitución vigente, en los artículos 1 y 3 numeral 1. No se trata de una invitación al individualismo, sino de resaltar la dignidad de la persona en forma integral. No son coincidentes la ideología individualista con un pensamiento personalista. Recordemos que los derechos fundamentales no se limitan a los clásicos de primera generación, sino que abarcan también los derechos económicos, sociales y culturales; junto a los denominados de tercera generación (medioambientales, los de incidencia colectiva, etcétera). Estos derechos son expresión de los requerimientos de la vida buena del elemento humano, que es causa material y eficiente del Estado.

social pluricultural y multiétnica, como lo reconocen de forma expresa varias constituciones políticas.<sup>116</sup>

Dentro de este contexto social, la actividad administrativa en los países latinoamericanos debe desempeñarse con medios limitados; condicionada por preocupantes crisis económicas, déficits presupuestarios y muchas carencias, sumadas a una estructura social muy heterogénea.

Esta problemáticas y la necesidad de una combinación de los principios de juridicidad, eficacia y eficiencia en la Administración Pública, demanda de diversos instrumentos y técnicas que deben diseñarse de una forma complementaria y sistemática, entre las que se destacan la planificación económica y social acorde con la realidad social del subdesarrollo, un adecuado y exigente control financiero y de gestión, el diseño de mecanismos de participación ciudadana directa en los procedimientos administrativos, y en lo que interesa al presente trabajo, una nueva visión del proceso contencioso administrativo.<sup>117</sup>

Hasta nuestros días, el fundamento y finalidad del proceso contencioso administrativo consisten en garantizar la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico, por lo que la misión del Juez básicamente está ligada al principio de legalidad.<sup>118</sup> En verdad, el Juez habla en nombre del Derecho y no le

---

<sup>116</sup> Así lo hacen las constituciones de México (artículo 3), de Ecuador (artículo 1) y de Colombia (artículo 7).

<sup>117</sup> Nos interesa destacar que el control financiero y de gestión debe combinar armoniosamente la vigilancia en la honesta inversión de los recursos públicos, con el análisis de la *calidad de los resultados* que dicha inversión, que deben expresarse en la buena vida de la población. Pero además, se precisa un mayor acercamiento de la autoridad a las necesidades sociales, a través de mecanismos de participación ciudadana que garanticen la idoneidad de las decisiones administrativas con conciencia plena de dichos necesidades, identificadas y expresadas, a través de la participación, por quienes las padecen. Sobre el control de gestión, ver Chan, Alfonso, "El Control de Gestión en Colombia", en *La Protección Jurídica de los Administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Ediciones Rosaristas, 1980, pp. 247 y ss. Sobre las nuevas técnicas de participación ciudadana directa en las decisiones de la administración pública, ver Parejo Alfonso Luciano, *op. cit.*, en nota 53, pp. 29-30 y del mismo autor, "La Participación en el Estado Social", en Rujana Quintero, Miguel (Comp.), *Filosofía del Derecho: Ética, Cultura y Constitución*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 529 y ss.

<sup>118</sup> Sánchez Torres, Carlos Ariel, "La Nueva Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Civilizar, Revista Electrónica de Difusión Científica*, Bogotá, junio de 2005, Universidad Sergio Arboleda, [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/nueva\\_administracion\\_publica.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/nueva_administracion_publica.pdf), pp. 7-8.

cumple realizar una apreciación de la oportunidad política o administrativa que es propia de la Administración Pública. Por ello, puede resultar extraño un juzgamiento en el que también estén presentes los principios de eficacia y eficiencia, referibles a *resultados*.

No obstante, en leyes de algunos países se ha procurado incorporar a la jurisdicción –siempre en los contornos de su función- nuevas técnicas que aportan a la eficacia y a la eficiencia. Así, en España, el artículo 25.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 establece que es procedente el denominado “recurso” contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración, que no se entiende en el sentido del silencio administrativo, sino de la omisión del cumplimiento de un deber específico, que se traduzca en una prestación concreta para el ciudadano. Evidentemente, la inactividad que viola un deber jurídico de acción, tiene igualmente estrecha relación con la ineficacia e ineficiencia en la labor administrativa.<sup>119</sup> En Ecuador, aunque no en materia contencioso administrativa, la acción constitucional de protección se ha diseñado para tutelar al ciudadano contra omisiones ilegítimas de una autoridad pública, concepto este último en el cual está incluida la Administración.<sup>120</sup> De igual manera, en Colombia también se ha implementado una

---

<sup>119</sup> En la exposición de motivos de dicha Ley, bien se dice, no obstante, que “El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”. Por lo cual cabe afirmar que el control de la eficacia y la eficiencia no depende exclusivamente del proceso contencioso-administrativo, sino de complementos necesarios del control de gestión y de la participación ciudadana. España, *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *Boletín Oficial del Estado*, No. 167, 14 de julio de 1998, p. 23521.

<sup>120</sup> El artículo 95 de la Constitución ecuatoriana de 1998 configuraba al amparo constitucional (hoy acción de protección) en los siguientes términos:

“Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”.

El artículo 88 de la Constitución de 2008 dice sobre la acción de protección:

“Art. 88.- 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

vía judicial contra la omisión de deberes, aunque se estableció la limitación de que dicha vía no es procedente para el cumplimiento de normas que establecieran gastos.<sup>121</sup>

Otro aspecto relacionado con los principios de eficacia y eficiencia es aquel que se refiere a la selección adecuada de los concesionarios y contratistas de los servicios y obras públicas. En tiempos contemporáneos, con especial intensidad se ha puesto la mirada en la colaboración del sector privado en la gestión de cometidos públicos, como respuesta a un Estado lento y pesado, *ineficaz* en suma, para lograr resultados de calidad en la prestación de servicios públicos y en la realización de obras. Pero dentro de estos esquemas, la solución de la colaboración del sector privado de nada serviría si la criticada ineficacia e ineficiencia del Estado se traslada al concesionario y al contratista. Por ello, la labor de estos últimos debe responder a un marco jurídico de Derecho Público, y en lo que nos interesa, a un control judicial idóneo que sólo lo podría brindar un juez especializado en materia administrativa. En el caso de Ecuador, se ha establecido que la selección del contratista privado debe hacerse según lo que sea más conveniente a los intereses nacionales e institucionales, y este criterio se interpreta como la concesión de una facultad discrecional en la selección, que no sólo debe sustentarse en aspectos del menor costo económico que un contratista o concesionario puede ofrecer respecto de los demás, sino en su *capacidad técnica* para asumir los cometidos públicos que se le encomiendan. En nuestro criterio, sin negar que el gobierno humano no puede reducirse a una estancada “normocracia” y que es necesaria la apreciación discrecional para poder elegir entre varias alternativas igualmente lícitas, en el caso de la selección de contratistas y concesionarios esto puede implicar un peligro de la contaminación de intereses muy focalizados que contaminen la elección con el cobijo de la

---

derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

<sup>121</sup> Sánchez Torres, Carlos Ariel, *op. cit.*, en nota 118, p. 8.

discrecionalidad. En este, como en muchos otros aspectos, que si bien es cierto requieren de apreciaciones discrecionales por parte de la Administración, no se debe olvidar que la discrecionalidad no es pura, que tiene elementos reglados, y que el control judicial es posible. Sin embargo, el control judicial en el tema de la selección de contratistas y concesionarios muchas veces tropieza con la limitación de la legitimación procesal en los inmediatamente interesados en un procedimiento de contratación pública, de tal forma que sólo quienes participaron en dicho procedimiento pueden impugnar las decisiones administrativas. En suma, se deja de lado al ciudadano que es quien el llamado a recibir las prestaciones públicas que estarán a cargo del contratista o concesionario privado. En este punto, el reto de la eficacia y la eficiencia exige respuestas de una técnica procesal que amplíe la limitada legitimación procesal del proceso contencioso administrativo, y que se admitan acciones populares.

El nuevo diseño del contencioso administrativo, por tanto, debe abandonar su marcado carácter individualista, reflejado en las limitaciones a la legitimación procesal, y ampliarse a la legitimación del grupo, para con ello tutelar intereses colectivos.

Los principios de eficacia y la eficiencia también postulan la moralidad de la actuación administrativa. La consecución del bien común exige una ética de la autoridad, basada en las exigencias del interés general y en el servicio a la comunidad, a los cuales se debe servir con honestidad. En este punto, también el proceso contencioso administrativo debe abrirse a la tutela de intereses colectivos, a través de la legitimación de grupo, de tal forma que el Juez pueda ser un aporte al control de la corrupción.

Lo que hemos expuesto, no obstante, requiere el respaldo de un marco jurídico preciso y técnico para las materias que hemos mencionado. El Juez sólo puede hablar en nombre del Derecho, por lo cual, el Derecho a ser aplicado por el Juez debe establecerse también en función de los principios de eficacia y eficiencia, para con ello permitir, con técnicas jurídicas, la intervención del juzgador.

Por último, el reto de la eficacia y la eficiencia impone que el sistema de ejecución de sentencias abandone las limitaciones dogmáticas que tiene – especialmente, la interpretación exagerada del principio de división de funciones “a la francesa”- y que involucre más al Juez en el cumplimiento de sus cometidos constitucionales frente a la Administración Pública.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### I. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO PROCESO

##### **1. *Distinción entre proceso y procedimiento administrativo***

El proceso y el procedimiento administrativo son medios que permiten hacer efectiva la subordinación de la Administración Pública al Derecho. Ambas instituciones tienen similar carácter de garantía, pero su naturaleza y régimen jurídico son distintos, aun cuando se guíen por principios comunes y existan ciertas facultades de la Administración Pública que podrían tener algunas características de la jurisdicción.

El tema de este capítulo y de la tesis que nos ocupa requiere de una debida delimitación de conceptos, pues además de las apuntadas notas comunes, el procedimiento administrativo de recurso, al igual que el proceso, es un medio de defensa del administrado que permite impugnar actos de la Administración Pública. También debe tenerse presente que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal por el que se actúan competencias que permiten a la Administración Pública aplicar el Derecho a los casos concretos, lo cual hace pensar que en estos casos el procedimiento administrativo adopta una estructura de carácter jurisdiccional.<sup>122</sup> Ello sucede, por ejemplo, cuando la administración otorga o declara un derecho, ejerce su competencia sancionadora o ejecuta un crédito.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Véase, Márquez Gómez, Daniel, *Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

<sup>123</sup> Puede producir confusión, e incluso resultados no deseables, la asimilación a la jurisdicción de los procedimientos y actos administrativos que aplican el Derecho a los casos concretos. Como dice Mairal, tal asimilación podría llegar a plantear una reducción del “[...] control judicial sobre estos actos, ya que si ya ha habido ‘jurisdicción’ en sede administrativa, parece

El procedimiento, como resalta Jesús González Pérez, es un concepto de validez general aplicable a todas las ramas del Derecho. En el Derecho Público está presente en la actividad de las funciones constitucionales: administrativa, legislativa y jurisdiccional, las cuales, por disposición del ordenamiento jurídico y exigencia de validez de sus actos, están obligadas a seguir un cauce jurídico para la realización de las actividades que implican el ejercicio de sus competencias. El procedimiento es un tipo, una forma, una combinación de actos que, en palabras del autor citado, se caracteriza por las siguientes notas:

“a) Cada uno de los actos combinados conserva íntegra su individualidad. No estaremos en presencia de un procedimiento cuando los actos no conservan íntegra su individualidad. No existe procedimiento cuando dos voluntades forman un acto, el acto complejo.

“b) La conexión entre los actos radica en la unidad de efecto jurídico. En el procedimiento, todos los actos están encaminados a producir un efecto jurídico. No es la causa, como en los supuestos de delito continuado, lo que da unidad al conjunto, sino el efecto.

“c) Los actos están vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero”.<sup>124</sup>

---

permisible disminuir la intensidad de la intervención judicial”. Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. I, pp.7-8.

Es verdad que existen actos y procedimientos administrativos que, al igual que la jurisdicción, resuelven según Derecho un caso en particular. También es cierto que particulares materias administrativas –verbigracia, la sancionadora o la de control financiero y de gestión– requieren de procedimientos que otorguen especiales garantías de legalidad y acierto, y por esta razón pueden adoptar técnicas procesales. No obstante, ello no autoriza a propugnar una limitación de las facultades de los tribunales cuando se trata de juzgar los resultados de aquellos procedimientos y actos de la Administración Pública.

Además de esta observación, y como se explicará más adelante, aquellas competencias de la Administración que tienen algunas características jurisdiccionales pueden explicarse con mayor rigor, no desde una perspectiva jurisdiccional, sino de mejor modo, según la naturaleza y objetivos de la función administrativa. Por último, es posible contrastar aquéllas competencias administrativas con el régimen jurídico de la jurisdicción, que se funda y diseña según el principio fundamental de la imparcialidad e independencia del juzgador.

<sup>124</sup> González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 75.

El procedimiento administrativo “[...] supone que la actividad de la Administración tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima”.<sup>125</sup> Se trata del conducto por el cual debe discurrir la acción administrativa, de la formalidad de rito que se exige para la tramitación de las actuaciones propias de la Administración Pública.<sup>126</sup>

El fin primero del procedimiento administrativo es permitir la atención del interés general, no sólo de una forma ágil, rápida y flexible, sino también con garantía de legalidad y acierto de las decisiones administrativas.<sup>127</sup> Debe tenerse presente que la función administrativa se distingue de las otras funciones estatales en virtud de un propósito, técnica y método propios, que se orientan a la realización inmediata y práctica de los objetivos y cometidos públicos, a diferencia de la legislación y de la jurisdicción que atienden al bien común por medio de una actividad más mediata y con otro método y técnica.<sup>128</sup> Precisamente, el procedimiento administrativo facilita el cumplimiento de los cometidos administrativos en función de las características de la actividad administrativa, siempre con plena sumisión al Derecho. Lo propio de la Administración Pública, como resalta Martín Mateo, es la gestión, el manejo de los medios y la atención inmediata de las necesidades públicas para que la sociedad pueda desenvolverse y prosperar.<sup>129</sup> Esta gestión requiere, por tanto, de un procedimiento de acción adecuado a los propósitos que singularizan a la actividad administrativa.

---

<sup>125</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op cit.*, en nota 44, p. 452.

<sup>126</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 124, p. 76.

<sup>127</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 53, p. 709. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 124, p. 76-77.

<sup>128</sup> Cfr. Zanobini, Guido, *op. cit.*, en nota 25, p. 22. La expedición de leyes tiende al bien común, pero de una manera mediata, ya que el carácter general y abstracto de la ley requiere de su puesta en práctica a través de la atención inmediata de los requerimientos sociales que se contemplan de modo conceptual en las leyes. Es la Administración Pública la que se ocupa de proveer de salud, controlar las actividades económicas, proveer de servicios públicos, llevar a efecto los programas sociales, etcétera.

Por su parte, la jurisdicción atiende al bien común cuando garantiza la presencia del derecho y de la justicia en las relaciones humanas, pero tampoco es cometido del juez atender cometidos administrativos como los ejemplificados.

<sup>129</sup> Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 21a. ed., Madrid, Trivium, 2002, pp. 25-27.

A dicha función del procedimiento administrativo se suma la garantía de los derechos de los ciudadanos. Esto se manifiesta, por un lado, con la proscripción de la arbitrariedad que asegura el procedimiento administrativo, al ser un instrumento de aplicación de la legalidad, y por otro lado, con la posibilidad de discutir y reaccionar contra la posible ilegalidad o desacierto de los actos de la Administración, con el fin de obtener la revocación, modificación o reforma de los mismos. Esto último se logra mediante el sistema de reclamaciones y recursos administrativos.

Por último, es preciso señalar que la doctrina contemporánea señala una tercera función del procedimiento administrativo: la de servir como medio para facilitar la participación ciudadana en las decisiones de la Administración y como instrumento de composición de intereses.

“La importancia de la función participativa del procedimiento ha ido creciendo a la par con la extensión, la intensidad y la complejidad de las tareas públicas, de la intervención administrativa, de un lado, y la generalización del fenómeno de entrega o remisión a la Administración por el legislador de la toma de decisiones, de otro. Así, en la actualidad desempeña un papel capital en materias o sectores de la realidad de gran sensibilidad social, tales como la ordenación territorial, el urbanismo o el medio ambiente”.<sup>130</sup>

En suma, el procedimiento administrativo es un instrumento de garantía del interés general y de los derechos de los ciudadanos, ya que procura asegurar la juridicidad y la prudencia en las decisiones de la Administración Pública.

Ahora bien, recordando aquella problemática que provoca la existencia de competencias administrativas con características jurisdiccionales, es preciso considerar que, al igual que el Juez, la Administración está investida de autoridad, y como tal, ejerce poder público. Esto explica que esté capacitada para innovar o modificar por sí misma las relaciones jurídicas en la que es parte, pronunciar decisiones que el ordenamiento jurídico dota de obligatoriedad, ejecutar sus resoluciones incluso frente a las resistencias contrarias, y tutelar los bienes

---

<sup>130</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 53, p. 709.

jurídicos que le confía el ordenamiento jurídico. Todo ello, sin que tenga la carga de recabar el auxilio judicial o una previa declaración del Juez que respalde sus actos y les dote de ejecutoriedad, a diferencia de lo que ocurre con los particulares en sus relaciones jurídicas.<sup>131</sup> La Administración, por otra parte, debe traducir a la realidad, de manera inmediata y práctica, las competencias que prevé el ordenamiento jurídico y los cometidos que le asigna, los mismos que para ella son de cumplimiento obligatorio; razón por la cual el ordenamiento jurídico, si bien constituye un límite y fundamento de actuación, al mismo tiempo puede considerarse como un respaldo para las decisiones que en él se sustentan y que acatan sus disposiciones.

Estas prerrogativas, que en doctrina se denominan auto-tutela o autodefensa administrativa, no constituyen un privilegio sin más, o una ventaja que simplemente se sustenta en la cualidad de autoridad pública que tiene la Administración, sino que encuentran su justificación en el cumplimiento eficaz y eficiente de los cometidos públicos que tiene a cargo la Administración Pública, y en último término, en la consecución de los fines del Estado.

Es por ello que aquellas competencias que hacen pensar que la Administración Pública también desempeña facultades de índole jurisdiccional, resultan ser por el contrario manifestaciones, bien de la auto-tutela, bien del control jurídico sobre la propia actuación. Esto último se explica porque la Administración, que se encuentra sometida al Derecho y que en él fundamenta su actuación, no podría tolerar la situación contradictoria de que sus propios actos sean contrarios a la juridicidad. En otros términos, aquellas facultades de otorgar o negar un derecho, imponer una sanción, resolver una reclamación o recurso, etcétera, están previstas como instrumentos necesarios para la recta y buena administración pública, dentro de un contexto de competencias y de fines precisos, y no precisamente como el otorgamiento de facultades jurisdiccionales.

---

<sup>131</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, en nota 26, pp. 514 y ss.

Por otra parte, la presencia de unos principios que son comunes al proceso no está en condición de alterar la verdadera naturaleza jurídica del procedimiento administrativo, y por ende, su régimen jurídico. La celeridad, las garantías del debido proceso, la economía, legalidad, publicidad y buena fe se adecuan a las exigencias del procedimiento administrativo y se adaptan a los requerimiento de la labor administrativa, con el propósito de avalar la rectitud y prudencia de las decisiones, pero no trastocan las finalidades y régimen jurídico de las instituciones.

## **2. El proceso contencioso administrativo como manifestación de un fenómeno jurídico procesal**

El procedimiento administrativo y el sistema de reclamaciones los recursos administrativos tropiezan con una particular limitante que puede condicionar la idea de garantía que ya se destacó: es la misma Administración la que desarrolla el procedimiento para formular su propias decisiones, al tiempo que es ella misma quien resuelve sobre las impugnaciones que se plantean en contra de sus propias resoluciones. Se llega así a plantear la exigencia de la tutela jurisdiccional, a través del proceso contencioso administrativo, que se justifica por la necesidad someter las actuaciones de la Administración pública al juicio de un tercero imparcial, por mecanismos propios de la técnica procesal de resolución de controversias, de tal manera que se haga efectiva la presencia de la justicia en las relaciones que aquélla establece con los administrados y se asegure la vigencia del ordenamiento jurídico en las situaciones concretas.<sup>132</sup> Como indican García de Enterría y Fernández:

*“Nemo iudex in causa sua. Nadie puede ser juez en sus propios asuntos, o dicho de otro modo, a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa. Es cierto que la resolución de los recursos administrativos se*

---

<sup>132</sup> Cfr. Tinajero Villamar, Francisco, “El Contencioso-Administrativo en el Ecuador”, conferencia dictada el 20 de noviembre de 1986 en el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Los Cien Años de la Constitución”, *Revista Ruptura*, Quito, Año XLI, No. 35, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1990, p. 63.

realiza a través de unos trámites y de unas formas con figura de juicio; es cierto, también que, en ocasiones, la semejanza externa entre el procedimiento de ciertos recursos administrativos y el proceso es muy notable [...] es cierto, en fin, que cada vez es más acusada la “procesalización” de la normativa aplicable a los recursos administrativos; pero por mucha que sea la semejanza externa de los procedimientos, siempre faltará un elemento decisivo a la hora de definir y configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia”.<sup>133</sup>

Como manifiesta González Pérez, el proceso administrativo es una manifestación del fenómeno procesal, como lo son el proceso civil y el penal.<sup>134</sup> El régimen jurídico del proceso contencioso administrativo se sustenta en la doctrina del Derecho procesal, que tiene como elementos estructurales a la acción, la jurisdicción y el proceso. Con la acción “[...] se excita la jurisdicción y se promueve el proceso y este se inicia con la presentación de la demanda, la cual contiene a la pretensión como su elemento principal [...]”.<sup>135</sup> Ahora bien, el régimen jurídico de la jurisdicción se sustenta y funda en la imparcialidad y en la independencia. Esto se refleja en el diseño constitucional y legal de dicha función pública en cuanto institución, y por tanto, en las normas jurídicas que la rigen. La Constitución y las leyes regulan las instituciones jurisdiccionales sobre la base de un cimiento característico y según una lógica propia: la neutralidad irrenunciable que los tribunales y jueces deben tener en el ejercicio de su misión constitucional de resolver controversias según Derecho.

Todo lo dicho contrasta con la naturaleza, técnica, justificación y finalidad del procedimiento administrativo, que no puede equipararse con lo que constituye una auténtica expresión procesal: el contencioso administrativo. En México, como ya se advirtió en el capítulo primero, existen tribunales independientes previstos por la Constitución para juzgar las controversias que se produzcan con ocasión de las actuaciones de la Administración Pública. A ello se suma que la estructura prevista

---

<sup>133</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 527.

<sup>134</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 87, p. 10.

<sup>135</sup> Ramírez Arcila, Carlos, *op. cit.*, en nota 72, p. 3.

por la LFPCA refleja al contencioso administrativo como un auténtico proceso, que se inicia y suscita mediante el ejercicio del derecho de acción, el mismo que permite actuar a la jurisdicción y resolver, con fórmula de juicio y finalizando con una auténtica sentencia, una controversia de naturaleza jurídica. De igual forma, en Ecuador, la LJCA, a pesar de algunos errores terminológicos, refleja el auténtico carácter procesal del contencioso administrativo, distinto de lo que es propio del procedimiento administrativo.<sup>136</sup>

### **3. El carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo**

Como ya se expuso en el acápite anterior, la auto-tutela administrativa determina una singular posición de la Administración frente a los jueces, pues la autoridad administrativa no requiere del auxilio judicial para dotar a sus actos de fuerza obligatoria, tutelar los intereses que se le encomiendan o ejecutar lo que dispone en sus resoluciones. Por su parte, los jueces no pueden intervenir en la labor de la Administración, sino en un determinado momento y oportunidad. Hay un ámbito de independencia entre las funciones públicas que debe ser respetado y asegurado.

Sin embargo, el privilegio de la auto-tutela administrativa y el postulado de la división de funciones comulgan con el principio fundamental de subordinación al Derecho, de tal manera que tales privilegio y postulado no obstan la posibilidad de juzgar las actuaciones de la Administración Pública según las disposiciones del ordenamiento jurídico. Lo que ocurre es que la auto-tutela y la división de funciones han influido decisivamente en la configuración técnica del proceso

---

<sup>136</sup> El artículo 1 de la ley citada, en terminología del todo inapropiada, califica al contencioso administrativo como un “recurso”. En Derecho Procesal, como explica Ramírez Arcila, el recurso es un medio de impugnación de actos procesales. Se trata de un re-correr lo ya hecho para confirmar su acierto o corregir su desacierto. *Cfr.* Ramírez Arcila, Carlos, *op. cit.*, en nota 72, p. 118.

El contencioso administrativo no constituye una suerte de “segunda instancia” a la cual se acude una vez agotada la vía administrativa, sino que se trata –como ya se ha dicho- de un proceso, que se inicia con el ejercicio del derecho de acción, para promover la actuación de la jurisdicción y resolver una controversia según derecho.

contencioso administrativo, al cual se lo ha diseñado con un carácter básicamente impugnatorio de actos previos.

En efecto, la intervención del Juez requiere, de modo indispensable y en calidad de presupuesto procesal, de una previa decisión administrativa, de un precedente acto que se juzgará según Derecho y respecto del cual el demandante formulará sus pretensiones procesales y la Administración Pública sus defensas. Como señalan García de Enterría y Fernández: “[...] la autotutela de la Administración no es definitiva: es inicial, previa, de primer efecto, pero reserva íntegra la posibilidad de que el Juez enjuicie a posteriori el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o la ejecución”.

“La articulación entre autotutela administrativa y tutela jurisdiccional es simple: la primera actúa inicialmente, la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera. Ello quiere decir que la jurisdicción contencioso-administrativa respeta íntegro el ámbito autónomo de producción jurídica en que la autotutela administrativa consiste y que no puede intervenir sino a posteriori, para verificar si las decisiones o ejecuciones administrativas, una vez declaradas y eventualmente cumplidas, se han ajustado (pasado, pues) o no a la legalidad. De ese modo, este tipo de jurisdicción, por diferencia notable con la civil, no verifica pretensiones preventivamente a su paso al terreno de los hechos, sino que enjuicia hechos pasados para discernir a posteriori su regularidad [...] Para actuar de esa manera la acción contencioso-administrativa está concebida como una acción impugnatoria: se ataca la validez de un acto administrativo [...]”<sup>137</sup>.

Es necesario tener presente, por otra parte, que el Juez sólo habla en nombre del Derecho y no puede sustituir en todas sus actuaciones a los demás órganos constitucionales con ocasión de su control. Al Juez no le cumple realizar actividad política o administrativa, pero, en ejercicio de su función constitucional natural, puede y debe mantener la vigencia del Derecho en las actuaciones de los

---

<sup>137</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, pp. 533 y 534.

órganos políticos y administrativos, que en virtud de los principios fundamentales del Estado de Derecho, se someten de modo estricto a la juridicidad.

“El *punctus saliens* de la justicia administrativa es mantener esa observancia de la Ley y el Derecho y respetar, a la vez, el ámbito propio de las competencias políticas y de sus agentes, responsables de la gestión de los intereses generales. Esto supone, en el plano estructural, el respeto del ejercicio previo de la autotutela administrativa como modo ordinario de intervención jurisdiccional en la actividad de la Administración. El recurso contencioso-administrativo adopta por ello con normalidad la técnica impugnatoria de actos o disposiciones previos ya dictados y normalmente en trance de ejecución.

“Pero supone también algo más, y es que la censura del juez administrativo a la actuación administrativa deberá limitarse a términos estrictamente jurídicos. Sólo invocando el Derecho y en nombre del Derecho podrá el juez reprochar algo a la Administración, no en el terreno político o de la valoración política o de oportunidad en que las decisiones se adopten”.<sup>138</sup>

El carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo es fácilmente observable en las legislaciones mexicana y ecuatoriana. En México, el artículo 2 de la LFPCA dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o.- El juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

“Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación [...]”.

---

<sup>138</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, pp. 590-591.

El artículo 14 fracciones II y VI de la citada Ley exigen la existencia de un acto previo cuando disponen que la demanda debe indicar “La resolución que se impugna” y “Los conceptos de impugnación”. La sentencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa resuelve sobre la pretensión procesal del actor “en relación con una resolución impugnada”, como indica el artículo 50 ibidem. Corroboran también el carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo mexicano las disposiciones de los artículos 8 fracción XI y 9 fracción IV de la LFPCA que establecen, en su orden, la improcedencia del juicio “Cuando de las constancias de autos apareciere claramente que no existe la resolución o acto impugnados”; y el sobreseimiento “Si la autoridad demandada deja sin efecto la resolución o acto impugnados, siempre y cuando se satisfaga la pretensión del demandante”.

De igual forma, la LJCA de Ecuador prescribe la existencia de un acto previo y determina el carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo, como puede observarse en las siguientes disposiciones:

“Art. 1.- 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.

“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 [...]

“Art. 31.- Al escrito de demanda deben acompañarse necesariamente: [...]

“b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado”.

#### **4. Observaciones críticas a la configuración técnica del proceso contencioso administrativo**

La configuración del proceso contencioso administrativo como impugnatorio de actos previos no está exenta de críticas. Si bien los argumentos de la auto-tutela y de la división de funciones son válidos en sus planteamientos esenciales, no pueden llegar al extremo de plantear consecuencias puramente teóricas que se traduzcan en limitaciones injustificadas del control judicial de la Administración Pública, en perjuicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo muestra sus quiebras especialmente cuando el ciudadano se ve perjudicado por omisiones ilegítimas y vías de hecho, cuyo juzgamiento es ya una realidad en algunos ordenamientos jurídicos como el español. Los artículos 29 y 30 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España disponen:

“Artículo 29.

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de 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 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, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Respecto de aquella reclamación a la que alude la norma citada, la exposición de motivos de la Ley dice:

“En el caso del recurso contra la inactividad de la Administración, la Ley establece una reclamación previa en sede administrativa; en el del recurso contra la vía de hecho, un requerimiento previo de carácter potestativo, asimismo en sede administrativa. Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la

“2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

“Artículo 30.

“En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”.<sup>140</sup>

En el Derecho ecuatoriano, los procesos constitucionales de tutela de derechos contrastan con el arcaico proceso contencioso administrativo que regula la LJCA. No obstante haberse diseñado según el régimen jurídico de las garantías de los derechos fundamentales, el amparo ecuatoriano –en su momento- y la acción de protección –actualmente- muestran una estructura procesal que bien podría ser un modelo a seguir para el contencioso administrativo en su ámbito propio. El artículo 95 de la Constitución ecuatoriana de 1998 disponía:

“Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave [...]”.

---

Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso”.

<sup>140</sup> España, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Boletín Oficial del Estado, No. 167, 14 de julio de 1998, p. 23528.

Como puede observarse, el amparo constitucional ecuatoriano procedía para evitar o remediar las consecuencias de una acción u omisión ilegítima de la autoridad pública. La amplitud conceptual del artículo 95 de la Constitución de 1998 permitía al amparo tutelar derechos fundamentales no sólo cuando eran vulnerados por actos jurídicos –verbigracia, actos administrativos en sentido estricto- sino también cuando la violación del derecho era consecuencia de una actuación material. En suma, el ciudadano podía acudir al proceso constitucional de amparo para atacar cualquier conducta de la autoridad pública que viole sus derechos constitucionales.

En la vigente Constitución, la función del amparo constitucional se encomienda a la denominada “acción de protección”, prevista en el artículo 88, que también permite la defensa de los derechos constitucionales frente a cualquier conducta de la autoridad pública:

“Art. 88.- 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; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Si bien el tema de esta tesis se circunscribe al proceso contencioso administrativo –esto es, al control de legalidad de la actividad administrativa- no está por demás que exprese, aun cuando sea brevemente, mi discrepancia con algunos aspectos de la acción de protección que incorpora la Constitución ecuatoriana de 2008.

Como puede verse en el artículo 88 constitucional, se permite la acción de protección en contra de “políticas públicas”, lo cual puede producir el negativo efecto de la politización de dicho proceso constitucional, o la interpretación puramente ideológica de los derechos fundamentales. Una política pública –por ejemplo, económica- bien puede ser entendida como violatoria de derechos fundamentales por ciertos sectores ideológicos, pero otros movimientos o partidos también pueden defender la misma política pública como conveniente y acorde con los derechos constitucionales. En mi opinión, el Constituyente ecuatoriano de Montecristi –auténtico ejemplo de lo que no se debe hacer, debido a su excesiva demagogia y lamentable escasez de técnica jurídica- no entendió que la misión del Juez es decir el Derecho, pero no pronunciarse sobre temas

Es importante también destacar que el COFJ, expedido el 9 de marzo de 2009, parece introducir la posibilidad de dirigir una demanda contencioso administrativa por inactividad y por vía de hecho, ya que establece como competencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional y de las salas de las cortes provinciales de justicia conocer y resolver, en su caso, sobre los recursos de casación o sobre las demandas que se formulen por inacción de la Administración o por hechos administrativos.<sup>142</sup> Sin embargo, las disposiciones del Código no han sido acompañadas de las pertinentes reformas que requiere la vieja Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que data del año de 1968, la cual sigue adoptando la técnica del proceso impugnatorio, y

---

que mejor entenderán los políticos o los administradores, o bien, que se discuten con propiedad en la palestra política, pero no en los tribunales de justicia.

<sup>142</sup> Los artículos 185 y 217 del COFJ, en la parte que es pertinente a este estudio, disponen:

“Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: [...]

“3. Los recursos de casación por juicios iniciados por los administrados, por inacción de la Administración en la prestación de servicios públicos o por reclamos debido a deficiente o irregular servicio, brindado por las delegaciones, concesiones o privatizaciones entregadas mediante respectivo convenio [...].

“Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

“1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario;

“2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad [...]

“4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado [...]

“8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos [...].”

por ende, establece un procedimiento adecuado a esta conceptualización. Por ello, no considero posible hablar de la superación del mecanismo del proceso impugnatorio, muy a pesar de lo que establece el COFJ, ya que hace falta establecer un procedimiento apropiado para juzgar a la Administración Pública por sus omisiones y por sus hechos. En suma, dicho Código se ha limitado a poner vino nuevo en odres viejos, y lo que en la práctica sucederá es que el administrado afectado por la inactividad o un hecho deberá acudir a reclamar a la Administración Pública por estas conductas y provocar un acto administrativo, que a la final, será el que se juzgue en el proceso.

La necesidad de un control judicial más amplio de la conducta de la Administración Pública implica, por un lado, superar dogmas puramente teóricos que se deducen de los privilegios de la auto-tutela administrativa y de la división de funciones. Se insiste en que dichos postulados son válidos en sus planteamientos esenciales, pero de dicha validez no necesariamente se sigue, ni lógica ni jurídicamente, un modelo de proceso contencioso administrativo que, a ultranza, deba ser puramente impugnatorio de actos jurídicos y estrictamente revisor de la legalidad de éstos. En mi opinión, para un replanteamiento del modelo procesal administrativo es preciso considerar, por un lado, lo que comportan jurídicamente la inactividad y las vías de hecho, y por otro lado, una nueva fórmula de articulación ente la auto-tutela, la división de funciones y el control judicial.

Sobre lo primero, es menester observar que la noción de Administración Pública, como indica Martín Mateo, generalmente describe la gestión de intereses ajenos, que vienen a ser aquellos que se refieren a los fines del Estado. Dicha gestión deben traducirse en la satisfacción de las necesidades colectivas y, en suma, en la vida buena del conglomerado humano, que es causa material y eficiente de la sociedad política.<sup>143</sup> Es por ello, advierte Gordillo, que el ejercicio de las competencias administrativas constituye una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico a una organización y función que se explica por el servicio al

---

<sup>143</sup> Martín Mateo, Ramón, *op. cit.*, en nota 129, pp. 26-27.

interés general.<sup>144</sup> Las competencias administrativas, por ende, no son un privilegio graciable que puede ejercerse a voluntad, sino la atribución de un deber de ineludible cumplimiento para la Administración Pública.

La inactividad administrativa constituye una infracción a un deber jurídico de acción y una trasgresión a los principios de legalidad, eficacia y eficiencia que, en conjunto, definen una recta y buena gestión de los intereses públicos. Sin duda, la inactividad administrativa está en posibilidad cierta de ocasionar un perjuicio al ciudadano y al interés público, los cuales deben tener la posibilidad de tutela judicial a través del proceso contencioso administrativo. Al respecto, con un criterio que debería ser tomado en cuenta por los legisladores mexicanos y ecuatorianos, la exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España señala:

“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 negociales 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”.<sup>145</sup>

De conformidad con la Constitución ecuatoriana, la inactividad administrativa es contraria a los artículos 226 y 227.<sup>146</sup> La primera norma establece que toda

---

<sup>144</sup> Gordillo, Agustín, *op. cit.*, en nota 64, p. XII-9.

<sup>145</sup> España, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Boletín Oficial del Estado, No. 167, 14 de julio de 1998, p. 23518.

<sup>146</sup> CPRE:

“Art. 226.- 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.

competencia nace de la ley y que las instituciones del Estado deben coordinar sus acciones para el cumplimiento de sus fines y lograr la eficacia de los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 227 dispone que la actividad administrativa es un servicio a la colectividad, y entre otros postulados, se guía por los parámetros de la eficacia, eficiencia y calidad. Es obvio que el ejercicio de las competencias es obligatorio según la Constitución ecuatoriana y que lo contrario, la inactividad administrativa, comporta una transgresión a las disposiciones que obligan a la Administración a velar por el cumplimiento de los fines públicos y servir a la colectividad de modo idóneo.

En México, la inactividad administrativa es contraria al postulado del artículo 39 de la CPEUM, en cuanto dispone que “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”. La Constitución mexicana es precisa en declarar que el poder público no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio del interés colectivo. Por ello, las competencias administrativas, cuyo ejercicio implica el desenvolvimiento democrático del poder público, son atribuciones de cumplimiento obligatorio; deberes de acción que se instituyen en beneficio del conglomerado humano y para su pleno desenvolvimiento material y moral.

La vía de hecho, por su parte, constituye un obrar manifiestamente prohibido y groseramente lesivo al orden jurídico y a los derechos de los ciudadanos.

“Cuando se habla de ‘vías de hecho’ en general se está refiriendo a una acción material (que alcanza incluso el uso de la fuerza) que prescinde de las vías legales para imponer un estado de cosas una situación determinada en relación a personas o cosas.

“En el cumplimiento de las actividades propias de la función administrativa, también se presentan este tipo de acontecimientos, pero en este caso a la prescindencia del procedimiento legal en dicha actuación se le suma una lesión a los derechos constitucionalmente garantidos. Ese desapego al orden jurídico administrativo se puede originar en la inobservancia del procedimiento para ejecutar

---

“Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

el acto que le daría sustento o por la carencia de tal acto; de modo que falta el elemento que asegure que la actividad administrativa ha tenido oportunidad de ajustarse a derecho”.<sup>147</sup>

La vía de hecho viola los siguientes derechos fundamentales reconocidos por las constituciones mexicana y ecuatoriana:

a. El debido proceso, por prescindir del procedimiento administrativo y de los actos que deben dictarse una vez agotado dicho cauce de acción. Evidentemente, la violación al debido proceso incluye la trasgresión al derecho de defensa (Artículo 76 numeral 7, literales a, b y c de la CPRE. Artículo 14 párrafo 2do. de la CPEUM).

b. Los requisitos de racionalidad y legitimidad, expresados en la necesidad de fundamentación y motivación de la actuación administrativa. Estos requerimientos contrarrestan la arbitrariedad en la labor de la Administración, debiendo resaltarse que la transgresión a dichas garantías por la vía de hecho resulta concomitante con la infracción al debido proceso, precisamente, por prescindir de los cauces jurídicos a los que debe someterse la autoridad administrativa, los mismos que, a diferencia de la vía de hecho, estarían en capacidad de expresar las razones de hecho y de derecho que sustentarían la licitud de la actuación administrativa (Artículo 76, numeral 7, literal I de la CPRE. Artículo 16 de la CPEUM).

Como queda demostrado, la inactividad administrativa y la vía de hecho configuran una violación a elementales principios y normas de carácter jurídico, por lo que el Juez –cuya función natural es decir el Derecho- perfectamente puede juzgar dichas conductas ilícitas. Es evidente que tal juzgamiento de ninguna manera atenta contra la división de funciones o contra el privilegio de auto-tutela, y tampoco podría sostenerse que la jurisdicción estaría entrometiéndose en la actividad propia de la Administración o de la política. Se trata, por el contrario, de una ampliación del control estrictamente jurídico que debe realizar el Juez y una

---

<sup>147</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 19, p. 243.

reafirmación de su misión de guarda del ordenamiento jurídico, en consideración a principios y valores que tienen su fundamento en expresas normas constitucionales, y especialmente, en el principio de subordinación del poder público al Derecho.

Dicho lo que antecede, es preciso plantear una nueva fórmula de articulación técnica entre la auto-tutela administrativa, la división de funciones y el control judicial. El primer argumento de carácter dogmático está en la conjunción armónica de la división de funciones y el principio de legalidad, que no discurren por caminos diferentes, sino que se complementan en un todo sistemático propio del Estado de Derecho. Como se ha podido observar, lo razonablemente prohibido por la división de funciones es la arbitrariedad, por intromisión ilegítima de una función del poder público en las demás o por la concentración del poder en un solo órgano o individuo. Sin embargo, no existe trasgresión al orden constitucional si el Juez amplía el ejercicio de sus facultades propias y definitivas hacia manifestaciones de conducta ilícita que no sólo se expresan mediante actos jurídicos, y que son plenamente enjuiciables en términos de estricto derecho.

En cuanto a la auto-tutela administrativa, lo razonable de este privilegio deriva, por una parte, de su función de guarda de los intereses colectivos, y por otra parte, de la necesidad de facilitar la eficaz y eficiente atención a las necesidades colectivas, lo cual justifica que la Administración Pública, en ejercicio de la autoridad pública, esté capacitada para innovar por sí misma las relaciones jurídicas en las que participa. Pero en el Estado de Derecho, tal prerrogativa se ejerce siempre con plena subordinación al ordenamiento jurídico, por lo que en estricto apego a la juridicidad, el Juez puede controlar cualquier arbitrariedad en la que puede incurrir la Administración.

Considerados armónicamente la auto-tutela administrativa, el principio de división de funciones y el principio de subordinación al Derecho, no se sigue, a ultranza y como consecuencia ineludible, el modelo puramente impugnatorio de actos jurídicos previos que ostenta el proceso contencioso administrativo ecuatoriano y mexicano. Si uno de los propósitos del control judicial de la Administración es lograr la plena subordinación al Derecho, cualquier tipo de

conducta o comportamiento administrativo que esté en capacidad de producir un efecto ilegítimo debe ser susceptible de enjuiciamiento en términos estrictamente jurídicos. Por ello, el proceso contencioso administrativo en México y Ecuador debe evolucionar hacia un modelo que conozca de cualquier tipo de pretensión procesal que se dirija en contra de la Administración Pública, sea para impugnar un acto previo, sea para juzgar la legalidad de una omisión o de una actuación de hecho.

Es evidente que este nuevo modelo debe prever requisitos razonables que impidan el abuso del proceso y el entorpecimiento injustificado de la labor administrativa. En mi opinión, la actuación u omisión respecto de la cual se formulará la pretensión procesal siempre deben ser ciertos, y no meramente potenciales. Sus efectos capaces de producir, de modo inminente, efectos dañosos o peligrosos, no puramente remotos, lejanos o eventuales. De igual forma, el proceso sería procedente cuando se observe en la Administración una disposición a incurrir en una infracción de modo manifiesto, patente y palpable, sin posibilidad de enmienda que evite la intervención judicial, bien porque se ha instado a la Administración a corregirse, bien porque ha dispuesto actuaciones de ejecución o de coacción que no dejen lugar a dudas del propósito o del resultado ilegítimo que se persigue o se producirá.

## **II. LA MATERIA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

La materia es uno de los temas centrales en el estudio del proceso contencioso administrativo, pues se refiere a la índole de asuntos que pueden conocerse y juzgarse a través de dicho proceso, y por consiguiente, al ámbito de competencia material de los respectivos jueces. Para el tema de este trabajo, el estudio de la materia del proceso contencioso administrativo resulta indispensable para comprender el alcance y contenido que tienen las sentencias que se dictan en aquel proceso.

En términos generales, el proceso contencioso administrativo pretende resolver conforme a Derecho las controversias que se produzcan con ocasión del

ejercicio de la función administrativa. A través de este proceso se conocen de las impugnaciones y pretensiones que se formulen con relación a los actos administrativos y disposiciones que emanen de los órganos que desempeñan o pueden desempeñar dicha función. “La especificidad de la materia está dada por la presencia de la Administración pública o ente público (estatal o no estatal) en ejercicio de la función administrativa y el cuestionamiento de normas de derecho público particularmente aplicables al caso [...]”.<sup>148</sup>

Sin embargo, la descripción general que antecede involucra algunas cuestiones jurídicas de necesaria dilucidación, las mismas que para efectos de nuestro estudio las sistematizaremos de la siguiente manera:

a. El concepto de administración pública, pues para su definición la doctrina básicamente adopta dos corrientes: la objetiva o material y la subjetiva u orgánica. La adopción de uno u otro criterio tiene especial importancia para especificar si a través del proceso contencioso administrativo pueden conocerse únicamente de los actos provenientes de los órganos que el ordenamiento jurídico califica expresamente como administrativos, o por el contrario, si su ámbito de juzgamiento abarca toda la actividad materialmente administrativa de cualquier órgano o autoridad pública.

b. Los asuntos que las leyes expresamente definen como competencia material de los jueces de lo contencioso administrativo y aquellos que, pese a involucrar asuntos regulados por el Derecho Público, están excluidos de dicha competencia.

c. Por último, siendo el proceso contencioso administrativo un proceso impugnatorio de actos previos dictados la Administración Pública, es necesario referirse a los actos impugnables y a sus características, habida cuenta que las leyes pueden atribuir el conocimiento de ciertos actos a un orden jurisdiccional preciso, y por tanto, excluirlos del control de los jueces de lo administrativo.

## **1. Sobre el concepto de Administración Pública**

---

<sup>148</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 52, p. 159.

Como ya manifesté, existen corrientes doctrinarias que conceptúan a la Administración Pública desde una perspectiva material u objetiva, o bien, desde una perspectiva orgánica o subjetiva.

Desde una perspectiva material u objetiva, la administración pública constituye una actividad o función de la autoridad que está dirigida a la consecución inmediata y práctica de los fines y cometidos públicos. Se trata de aquella gestión de la autoridad que busca la realización del bien común con un método que atiende a los resultados. Es la actividad administrativa la que provee de servicios públicos de toda índole, dota de recursos económicos, vela por el cumplimiento de las disposiciones legales, y en general, realiza una inmensa variedad de acciones de dirección y gestión necesarias para lograr el bien común; acciones que por su propósito y método propios se distinguen de la actividad de legislar y juzgar.<sup>149</sup>

En un sentido subjetivo, la Administración Pública significa la organización o complejo de entidades y órganos públicos a los que el ordenamiento jurídico, según el postulado de la división de funciones, otorga por antonomasia la función de administrar. En un sentido subjetivo, la Administración Pública constituye la organización o complejo de órganos y entidades a las que el ordenamiento jurídico, según el postulado de la división de funciones, confía por antonomasia la función administrativa. En Ecuador nos estaríamos refiriendo a la Administración Central, a la Institucional, a las entidades del régimen autónomo descentralizado, a las diversas personas jurídicas públicas autónomas, a los organismos de control, entre otros. En México, a nivel federal, se aludiría a la Administración Centralizada y Paraestatal.

Sin embargo, puede observarse que los órganos legislativos y judiciales también realizan actividad administrativa, y por consiguiente, pueden dictar actos administrativos. El Congreso o Asamblea Nacional, por ejemplo, designa a los

---

<sup>149</sup> Cfr. Martín Mateo, Ramón, *op. cit.*, en nota 129, pp. 25-28 y 65-67. Véase también, Zanobini, Guido, *op. cit.*, en nota 25, p. 22.

altos funcionarios del Estado, emite autorizaciones y realiza controles, además de su función propia de dictar normas jurídicas. El Función Judicial, al igual que la Legislativa, contrata personal y servicios, se provee de recursos, etcétera.

Considero que la noción subjetiva y objetiva de Administración Pública, antes que criterios absolutos de definición, constituyen perspectivas válidas para estudiar científicamente el fenómeno administrativo en su dimensión pública. La perspectiva a la que se acuda resultará adecuada según el aspecto de la realidad que se pretende estudiar, pero constituye un error plantearse una sola perspectiva excluyente de la otra. Lo cierto es que administrar lo que interesa al bien común implica una actividad determinada y perfectamente distinguible de las demás funciones públicas, pero esa actividad siempre requiere de una organización con ese cometido específico y con unas facultades apropiadas para su realización. A su vez, esta organización no se explica sin aquella actividad específica y determinada.

El criterio subjetivo es útil e indispensable para apreciar aspectos jurídicos propios de la organización, como la distribución de competencias, la descentralización, la desconcentración, etcétera. Pero dicho criterio, en cambio, es limitado e insuficiente para definir conceptos vinculados con la actividad, verbigracia, el de acto y procedimiento administrativo, y para distinguir tal actividad de la legislación y de la jurisdicción y definir el régimen jurídico propio de la administración.

En lo que se refiere al proceso contencioso administrativo, he afirmado que a través de éste se pretende resolver conforme a Derecho las controversias que se produzcan con ocasión del ejercicio de la función administrativa, es decir, que me pronuncio por un criterio objetivo para delimitar la materia del proceso contencioso administrativo. La conceptualización subjetiva u orgánica, válida para otras temáticas, resulta inadecuada y limitada para determinar la materia de dicho proceso y la competencia de los jueces, pues la doctrina y la experiencia han constatado resultados de indefensión, contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la ley limita el control judicial a las actuaciones de los órganos de la Función Ejecutiva o de la Administración Pública como organización. Este criterio deja de

considerar que los órganos Legislativo y Judicial pueden realizar actividades de índole administrativa. Al respecto, indica Jesús González Pérez:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la inexistencia de sectores inmunes al control judicial. Cualquiera que sea el órgano frente al que se demanda justicia y cualquiera que sea la norma invocada como fundamento de la pretensión, la persona que crea tener derecho a algo ha de tener acceso a un órgano judicial, esto es imparcial e independiente, que juzgue y haga ejecutar lo juzgado.

“Cuando los órganos del Poder Legislativo o los órganos del Poder Judicial adoptan actos que, formalmente, constituyen actividad encomendada, suelen estar perfectamente definidas las vías de defensa jurisdiccional. Frente a las leyes, los recursos de inconstitucionalidad; frente a las sentencias y resoluciones judiciales los recursos regulados en las leyes procesales.

“Pero los órganos legislativos o judiciales realizan también actividades de distinta naturaleza. Los órganos legislativos no sólo hacen leyes. Los órganos judiciales no sólo juzgan. Unos y otros llevan a cabo otro tipo de actividades de muy distinta naturaleza”.<sup>150</sup>

Aquella situación de indefensión, producida por la aplicación al proceso de un concepto orgánico o subjetivo de la Administración Pública, se presentó en el Ecuador por efecto del artículo 4 de la LJCA:

“Art. 4.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá:

“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.

---

<sup>150</sup> González Pérez, Jesús, “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Extensión y Límites)”, en *El Contencioso-Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 29.

“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”.

Esta norma determinó que los tribunales de lo contencioso administrativo se declaren incompetentes para conocer de actuaciones materialmente administrativas que provenían de las funciones Legislativa o Judicial. Actualmente, por disposición del artículo 196 de la Constitución de 1998, que se reitera en el artículo 173 de la Constitución vigente, todo acto administrativo dictado por cualquier autoridad pública es impugnabile ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

En México, los artículos 73 fracción XXIX-H, 116 fracción V y 122 inciso C) base quinta de la CPEUM emplean también un criterio orgánico o subjetivo, pues establecen que los tribunales de lo contencioso administrativo conocerán de las controversias que se planteen entre las administraciones públicas de los distintos niveles de gobierno y los particulares. La CPEUM no utiliza un criterio objetivo, pues no se refiere a la actividad o a la función administrativa, sino al sujeto que la realiza. En tal virtud, no es posible impugnar actos administrativos que provengan de los órganos legislativos o judiciales. Sin embargo, no considero que en México se haya producido la situación dramática de indefensión que sucedió en Ecuador, pues queda el juicio de amparo para atacar los actos excluidos del proceso contencioso administrativo.

La perspectiva objetiva es, sin duda, la más conveniente para los fines del proceso contencioso administrativo, pues permite al Juez un ámbito de juzgamiento no limitado a la simple apreciación del determinado órgano público que origina un acto, sino al régimen jurídico que regula la actividad. Además, esta perspectiva es válida si se considera que entre los órganos constitucionales existe colaboración, y por ende, la posibilidad de que intervengan en actividades de diversa naturaleza, entre ellas la administrativa. Por último, definir el ámbito material del proceso contencioso administrativo según la actividad que se juzga, favorece al derecho a la

tutela judicial efectiva, ya que se impide que existan sectores inmunes al control jurisdiccional.

## **2. Sobre los asuntos que las leyes expresamente definen como competencia material de los jueces de lo contencioso administrativo**

En México, el artículo 14 de la LOTFJFA, al cual se remite el párrafo primero del artículo 2 de la LFPCA, enumera una lista extensa, casuista y no exhaustiva, de asuntos regulados por el Derecho Administrativo o Fiscal que son de competencia material del Tribunal. Según Emilio Margain Manatou, dichos asuntos se engloban en un caso general y en casos especiales.<sup>151</sup> El caso general, dice el autor citado, comprende los asuntos a los que se refieren las fracciones I, II, III, IV de la LOTFJFA, los mismos que tienen en común aludir a controversias de carácter fiscal, en las que se incluyen las que se produzcan por aportaciones a la seguridad social que tienen carácter tributario por disposición del artículo 2 fracción II del Código Fiscal de la Federación.<sup>152</sup> Además de estos casos, también deben considerarse como generales aquellos a los que aluden las fracciones XI y XII del artículo 14, es decir, las siguientes resoluciones:

- “XI. Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo;
- “XII. Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo”.

---

<sup>151</sup> La ley a la que se refiere el autor citado es la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 15 de diciembre de 1995, que establecía los asuntos de competencia material del Tribunal en el artículo 11, ley que se abrogó mediante la nueva normativa que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 6 de diciembre de 2007, y que regula dichos asuntos de competencia del Tribunal en el artículo 14.

No obstante, si se compara el antiguo artículo 11 con el vigente artículo 14, se puede observar que, en sus aspectos conceptuales básicos, es aplicable a la nueva ley la clasificación que ofrece Emilio Margain Manatou.

<sup>152</sup> Margain Manatou, Emilio, *De lo Contencioso Administrativo de Anulación o de Ilegitimidad*, 12a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 80-81.

La LFPA tiene el carácter de norma general de procedimiento administrativo aplicable a la Administración Pública Federal, según lo establece el artículo 1 de dicha Ley. Por consiguiente, todas las resoluciones que se dicten al tenor de la LFPA son impugnables a través del proceso contencioso administrativo, como dispone la fracción XI de la LOTFJFA. Por su parte, la fracción XII de la LOTFJFA también establece una disposición de carácter general y omnicompreensivo, pues, en suma, se podrían impugnar a través del proceso contencioso administrativo las resoluciones que decidan sobre cualquier recurso que se puedan plantear en contra de los actos administrativos que se señalan en el artículo 14.

También puede considerarse como caso general, en el sentido de que es aplicable a todas las materias señaladas en el artículo 14 de la LOTFJFA, lo que se prevé en la fracción XIV:

“XIV. Las que se configuren por negativa ficta en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o las disposiciones aplicables o, en su defecto, en el plazo de tres meses, así como las que nieguen la expedición de la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias.

“No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiere afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa”.

Se consideran casos especiales, según Emilio Margain Manatou,

“[...] no sólo aquellos cuya competencia se otorga en leyes especiales sino también los que deriven de la propia Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en virtud de que en forma paulatina se le han ido asignando y algunos parcialmente –se incluyó lo relativo a contratos de obras públicas pero no se consideraron los de suministro o uso de los bienes públicos-, lo que indica que quizás en un futuro no lejano el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

se convierta en un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuya competencia verse sobre toda controversia de tipo administrativo”.<sup>153</sup>

Según el criterio transcrito, y de conformidad con lo que dispone el artículo 14 de la LOTFJFA, los casos especiales serían aquellos que se refieren a las resoluciones que tratan sobre los siguientes asuntos:

a. Pensiones y demás prestaciones sociales, militares y civiles, a los que se refieren las fracciones V y VI del artículo 14 de la LOTFJFA;

b. Interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas que celebren las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal (fracción VII del artículo 14 de la LOTFJFA);

c. Indemnizaciones que se demanden por responsabilidad patrimonial del Estado, cuando la resolución atacada negó dichas indemnizaciones, o bien, cuando la cantidad que se otorga para reparación no satisfaga al reclamante. De igual manera, las resoluciones que impongan la obligación de resarcir los daños y perjuicios pagados con motivo de la reclamación, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado o de las leyes administrativas federales que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado (fracción VIII del artículo 14 de la LOTFJFA);

d. Pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios, así como de sus entidades paraestatales (fracción IX del artículo 11 de la LOTFJFA);

e. Resoluciones que traten sobre las materia señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior (fracción X del artículo 14 de la LOTFJFA);

f. Resoluciones que se funden en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, o cuando el demandante alegue que no se ha aplicado en su favor alguno de dichos tratados o acuerdos (fracción XIII del artículo 14 de la LOTFJFA);

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 82.

g. Silencio administrativo de efectos negativos (“negativa ficta”) o de efectos positivos (“afirmativa ficta”)

h. Otros asuntos que las leyes atribuyan su conocimiento al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.<sup>154</sup>

En Ecuador el sistema procesal administrativo estructura la competencia en razón de la materia en dos ramas: una que es general, regulada por la LJCA, y cuyo conocimiento corresponde a las salas de lo contencioso administrativo de las cortes provinciales, y en casación, a la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia; otra que conoce de una específica materia, la tributaria, regulada por el CT y encargada a las salas de lo contencioso tributario de las cortes provinciales, y en casación, a la correspondiente Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia.

En materia administrativa general –esto es, aquella que abarca todos los asuntos distintos a los tributarios- el artículo 10 de la LJCA especifica el ámbito de competencia de los respectivos tribunales en los siguientes términos:

“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;

“b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquélla;

“Conocerá también los juicios de excepciones a la coactiva originados en resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación;

“Conocerá y resolverá igualmente en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las

---

<sup>154</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 81-93.

Instituciones Públicas originados en decisiones de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos coactivos instaurados para el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación.

“c) Conocer y resolver en apelación de las resoluciones de la Junta de Reclamaciones prevista en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa;

“d) Conocer y resolver en única instancia, lo concerniente a las violaciones de la Ley que regula la carrera administrativa, que no estuvieren en el caso del literal anterior; y

“e) Los demás que fijare la Ley”.<sup>155</sup>

De la lectura del artículo 10 de la LJCA, puede observarse, por una parte, una disposición o cláusula general en el literal a), que por su amplitud abarcaría el conocimiento de cualquier asunto jurídico administrativo, y por otra parte, disposiciones especiales que se podrían sistematizar de la siguiente manera:

a. Sobre resoluciones emitidas por la Contraloría General de la Nación (actualmente Contraloría General del Estado) que establezcan responsabilidades

---

<sup>155</sup> Cabe aclarar que la LJCA fue publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968 y la disposición transcrita no ha sido modificada en su texto, a pesar de diversas reformas constitucionales y legales que implicarían su reforma. Desde la fecha de expedición de la LJCA (y del CT el 6 de diciembre de 1975) hasta las reformas constitucionales de 1992, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y de igual forma el Tribunal Fiscal, eran autónomos y tenían igual jerarquía que la Corte Suprema de Justicia. Estos tres grandes tribunales, además de otros órganos de administración de justicia de menor importancia, formaban la denominada “Función Jurisdiccional”, pues a pesar de su autonomía tenían en común el ejercicio de la jurisdicción, esto es, la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sin embargo, en virtud de las reformas constitucionales de 1996, la Corte Suprema de Justicia pasó a ser un tribunal de casación en todas las materias, incluidas la administrativa y tributaria, y se crearon los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, con jerarquía subordinada e inferior, que pasaron a formar parte de un solo tronco orgánico denominado “Función Judicial”, en cuya cúspide está la Corte Suprema de Justicia. Actualmente, por disposición de los artículos 216 y 218 del COFJ, se suprimen los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, y se crean salas especializadas en las cortes provinciales. Los citados artículos dicen lo siguiente:

“Art. 216.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Habrán salas de lo contencioso administrativo en las Cortes Provinciales que determine el Consejo de la Judicatura, el cual determinará la sede y circunscripción territorial en que tenga su competencia.

“Art. 218.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- Existirán salas de lo Contencioso Tributario en las Cortes Provinciales que establezca el Consejo de la Judicatura, quien determinará el ámbito territorial de su competencia”.

por la administración de recursos públicos. Para comprender el alcance actual de esta disposición, deben tenerse presentes los artículos 211 y 212 de la CPRE, que disponen:

“Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

“Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

“1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

“2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

“3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.

“4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite”.

Como puede observarse, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico superior de control financiero y de gestión, pues sus atribuciones constitucionales abarcan, tanto la vigilancia del uso y destino de los recursos públicos, como el control de la correcta y eficiente labor administrativa. En ejercicio de sus competencias constitucionales, puede establecer observaciones sobre la rectitud y calidad de la administración de recursos públicos y la gestión institucional, y determinar responsabilidades de carácter civil o administrativo (pero tan solo indicios de responsabilidad penal). Evidentemente, tales observaciones y determinación de responsabilidades se contienen en actos administrativos que son impugnables mediante demanda contencioso administrativa.

*b.* Sobre excepciones al procedimiento coactivo originado en decisiones de la Contraloría General del Estado. En general, las excepciones al procedimiento

coactivo son defensas otorgadas a los administrados para atacar los posibles abusos de los funcionarios administrativos que ejercen competencias de ejecución de créditos debidos al sector público. Dichas defensas, exclusivamente en el caso de procedimientos coactivos iniciados por la Contraloría General del Estado, se interponen ante el funcionario ejecutor y se remiten para el conocimiento y resolución de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo.

En el tema de las excepciones al procedimiento coactivo, vale anotar que en Ecuador existe un doble régimen del todo innecesario, pues en el caso del cobro de créditos debidos a toda otra institución del Estado, distinta de la Contraloría General del Estado, la competencia para conocer de las excepciones a la coactiva corresponde a los jueces de lo civil. Es de esperar que se implementen las debidas reformas para que en este tipo de asuntos la competencia privativa sea de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, pues el procedimiento coactivo es de índole administrativa, y por estas características, impropio para ser conocido por jueces de la materia civil.

c. Sobre la declaración de prescripción de créditos fiscales originados en resoluciones de la Contraloría General del Estado. De conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, las obligaciones nacidas de responsabilidades civiles prescribirán en diez años contados desde la fecha en que la determinación confirmatoria de la responsabilidad civil se hubiere ejecutoriado, prescripción que será declarada por el Contralor General, de oficio o a petición de parte, o por los jueces de lo contencioso administrativo; por vía de impugnación o por vía de excepción al procedimiento de ejecución coactiva.

d. Sobre resoluciones que afecten a los funcionarios públicos. Toda resolución que afecte a los funcionarios públicos puede ser impugnada ante los jueces de lo contencioso administrativo, no sólo en asuntos de carácter disciplinario, sino también en todo lo concerniente al régimen jurídico de la función pública (ascensos, traslados, ingreso al servicio, etcétera). En Ecuador existen los denominados funcionarios públicos de carrera, que cumpliendo ciertos requisitos, entre otros, la aprobación de un concurso de méritos y oposición, se consideran

como especialmente idóneos para el servicio civil. Estos funcionarios gozan de especiales garantías de estabilidad.

Hasta la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (12 de mayo de 2005), las resoluciones que afectaban a los funcionarios públicos de carrera se conocían en doble instancia, primero ante la Junta de Reclamaciones, y luego en apelación, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. La Junta de Reclamaciones fue suprimida cuando entró en vigencia la mencionada Ley, y actualmente, de conformidad con el artículo 97, existe una sola instancia de impugnación ante los jueces de lo contencioso administrativo, tanto para los funcionarios públicos de carrera como para los ordinarios.

Además de los asuntos detallados, los jueces de lo contencioso administrativo, y en casación, la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, conocen sobre las controversias derivadas de los contratos administrativos y sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y la de sus concesionarios y delegatarios.

Como ya indiqué en el número 4 del acápite I de este capítulo, el COFJ prevé que los jueces de lo contencioso administrativo puedan juzgar sobre la legalidad de la inactividad y de los hechos administrativos, juzgamiento que a pesar de que ser un requerimiento ineludible para un control integral de la Administración Pública, no tiene un procedimiento acorde. Además de estas innovaciones, el Código confiere a la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia la facultad de dirimir conflictos de competencias entre las autoridades administrativas, pero con una extraña precisión: sólo en lo referente a servicios públicos. El numeral 7 del artículo 185, dice:

“Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: [...]

“7. Los conflictos de competencia positivos o negativos entre autoridades o dependencias del sector público, referente a servicios públicos”

Otras innovaciones de interés que presenta el COFJ se refieren a la posibilidad de juzgar a los concesionarios de servicios públicos, lo cual equivale a aceptar que su actividad se rige por el Derecho Administrativo.<sup>156</sup> También se establece que los jueces de lo contencioso administrativo conocerán de lo siguiente:

“Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: [...]

“6. Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual [...]

9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal [...]

“12. Conocer de las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles;

“13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y los servidores públicos, emanadas de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal no se refieran

---

<sup>156</sup> El numeral 4 del artículo 217 del Código dice que los jueces de lo contencioso administrativo son competentes para conocer “[...] de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado”.

Es un tema que puede resultar polémico el que versa sobre la posibilidad de que particulares dicten actos administrativos, lo cual se ha dado en las legislaciones de Ecuador y de España, cuando las leyes establecen que ciertos sujetos privados puedan ejercer competencias que, normalmente, corresponderían a la Administración Pública. Es el caso, por ejemplo, de los colegios profesionales, e incluso, podría también incluirse cualquier decisión de un concesionario que tengan efectos sobre un servicio concesionado.

En términos generales, como lo he sustentado en otra ocasión, las relaciones entre el usuario y el concesionario son de naturaleza administrativa y se sujetan al Derecho Público. Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “La Naturaleza Jurídica de las Relaciones entre los Usuarios de los Servicios Públicos y los Concesionarios”, en Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis (Coord.), *Actualidad del Servicio Público en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. Este trabajo también puede consultarse en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/6.pdf>.

al nacimiento o extinción de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos; salvo lo dispuesto en normas especiales;

“14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos”.

Llama la atención que se incluyan como competencia de los jueces de lo contencioso administrativo el conocimiento y resolución de controversias sobre propiedad intelectual, ya que se trata de una materia jurídica especializada que no se rige por el Derecho Administrativo. Los asuntos de propiedad intelectual, antes de la expedición del COFJ, se asignaron provisionalmente a los antiguos tribunales distritales de lo contencioso administrativo por efecto de la disposición transitoria décima de la Ley de Propiedad Intelectual, pero hasta que se creen los juzgados y tribunales de propiedad intelectual a los que se refería dicha Ley:

“Hasta que sean creados los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán sobre las causas relacionadas a esta materia de conformidad a las disposiciones y competencias atribuidas por la presente Ley, a excepción de las diligencias cautelares, que, serán conocidas por los jueces de lo civil”.

Puede verse que los autores del COFJ lamentablemente creyeron que las controversias sobre propiedad intelectual constituyen materia contencioso administrativa, por el simple hecho de que *temporalmente* debían aquéllas controversias debían ser conocidas y resueltas por los tribunales de lo contencioso administrativo.

Como ya se indicó anteriormente, en Ecuador la materia tributaria la conocen jueces especializados, según el procedimiento previsto en el CT. De conformidad con los artículos 183 numeral 2 y 218 del COFJ, actualmente conocen del

contencioso tributario los jueces especializados de las cortes provinciales y, en casación, la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia.

El artículo 217 del CT define a lo contencioso tributario en los siguientes términos, los cuales encierran una cláusula general de competencia:

“Art. 217.- Concepto y límites de la jurisdicción.- La Jurisdicción contencioso-tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las controversias que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario”.

El proceso contencioso tributario, en términos generales, es un proceso de impugnación de actos administrativos y de normas jurídicas de rango inferior a la ley (incluyendo reglamentos) que se refieran estrictamente a la relación jurídica tributaria. Es, por tanto, un contencioso administrativo especial para la disciplina jurídica tributaria, como puede observarse de la lectura del artículo 220 del CT:

“Art. 220.- Acciones de impugnación.- El Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones de impugnación, propuestas por los contribuyentes o interesados directos:

“1a. De las que formulen contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes;

“2a. De las que se propongan contra los mismos actos indicados en el ordinal anterior, sea por quien tenga interés directo, sea por la entidad representativa de actividades económicas, los colegios y asociaciones de profesionales, o por instituciones del Estado, cuando se persiga la anulación total o parcial, con efecto general, de dichos actos;

“3a. De las que se planteen contra resoluciones de las administraciones tributarias que nieguen en todo o en parte reclamaciones de contribuyentes, responsables o terceros o las peticiones de compensación o de facilidades de pago;

“4a. De las que se formulen contra un acto administrativo, por silencio administrativo respecto a los reclamos o peticiones planteados, en los casos previstos en este Código;

“5a. De las que se propongan contra decisiones administrativas, dictadas en el recurso de revisión;

“6a. De las que se deduzcan contra resoluciones administrativas que impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales;

“7a. De las que se presenten contra resoluciones definitivas de la administración tributaria, que nieguen en todo o en parte reclamos de pago indebido o del pago en exceso; y,

“8a. De las demás que se establezcan en la ley”.

No obstante, los artículos 221 y 222 del CT también determinan específicos asuntos que son de competencia de los jueces de lo contencioso tributario y de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia que no comportan impugnaciones:

“Art. 221.- Acciones directas.- Igualmente, el Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones directas que ante él se presenten:

“1a. De las que se deduzcan para obtener la declaración de prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas;

“2a. De las de pago por consignación de créditos tributarios, en los casos establecidos en este Código o en leyes orgánicas y especiales;

“3a. De las de nulidad del procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan nulidad, según la ley cuya violación se denuncie. No habrá lugar a esta acción, después de pagado el tributo exigido o de efectuada la consignación total por el postor declarado preferente en el remate o subasta, o de satisfecho el precio en el caso de venta directa, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan al tercero perjudicado ante la justicia ordinaria;

“4a. De nulidad del remate o subasta en el caso 4 del artículo 207; y,

“5a. De las de pago indebido o del pago en exceso, cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue la reclamación de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria.

“La acción de impugnación de resolución administrativa, se convertirá en la de pago indebido, cuando, estando tramitándose aquella, se pague la obligación.

“Art. 222.- Otros asuntos de su competencia.- Corresponde también al Tribunal Distrital de lo Fiscal el conocimiento de los siguientes asuntos:

“1. De las excepciones al procedimiento de ejecución, señaladas en el artículo 212;

“2. De las tercerías excluyentes de dominio que se deduzcan en coactivas por créditos tributarios;

“3. De los recursos de apelación de providencias dictadas en el procedimiento de ejecución, en los casos de los artículos 176, 191 y 209; y, de los recursos de nulidad, en los determinados en los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 207;

“4. (derogado);

“5. De los conflictos de competencia suscitados entre autoridades de distintas administraciones tributarias, conforme al artículo 80;

“6. Del recurso de queja; y,

“7. De los demás que le atribuya la ley”.<sup>157</sup>

Hecha la exposición que antecede, es necesario destacar que la legislación procesal administrativa mexicana y ecuatoriana, además de configurar al proceso contencioso administrativo como impugnatorio de actos previos, le encomiendan el conocimiento de *asuntos de estricta legalidad*. La existencia de procesos de control constitucional en México y en Ecuador hace preciso distinguir, en primer término y desde el plano de los conceptos, los asuntos de constitucionalidad y los de legalidad, para efectos de precisar la competencia material de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo.

La diferencia entre un asuntos de legalidad y asuntos de constitucionalidad puede parecer muy simple de definir: resulta de la apreciación jurídica de la fuente

---

<sup>157</sup> Las acciones de impugnación y las demás que señala el CT, se reiteran en los artículos 185 y 219 del COFJ.

de Derecho que, directa e inmediatamente, es aplicable al caso que se juzga. Dicha fuente de Derecho, además, se encuadra dentro de un esquema de jerarquía normativa. En los procesos contencioso administrativos se juzga el asunto principalmente según las disposiciones de normas infra-constitucionales, esto es, al tenor de normas legales o reglamentarias que fueren aplicables al caso,<sup>158</sup> mientras que en los procesos constitucionales la pauta principal de juzgamiento son los preceptos constitucionales.

Sin embargo, este criterio de distinción merece muchas precisiones. Al hablar de “asuntos de legalidad” y de “asuntos de constitucionalidad”, si bien se alude a la aplicación de un determinado tipo de normas que están encajadas en un orden jerárquico-normativo, se implica, mucho más aun, a todo un régimen jurídico. La Constitución –advierte Elisur Arteaga Nava- es una norma jurídica, y como tal, manda, dispone y regula, tal como lo hacen la ley o el reglamento. No obstante, la Constitución posee atributos propios y exclusivos que la distinguen de las demás normas del ordenamiento, ya que va más allá de ellas, pues constituye y funda.

“A este ir más allá que las restantes leyes, hace que a ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de ley suprema. Se trata, ciertamente de una forma de ley, pero goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada”.<sup>159</sup>

La Constitución, en efecto, tiene por finalidad posibilitar la construcción jurídica de un orden político, como destaca Pérez Royo.<sup>160</sup> Es una Ley Suprema porque contiene los principios fundamentales sobre los cuales se asienta la convivencia en una sociedad política y los postulados que orientan la organización

---

<sup>158</sup> Al hablar de “asuntos de legalidad” se incluye también a los que involucran regulación reglamentaria. Los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo y fiscal no sólo juzgan a la Administración en función de normas legales, sino también según disposiciones reglamentarias. Los reglamentos, si bien tienen un régimen jurídico que los distingue de la ley, contienen normas jurídicas que innovan el ordenamiento y que obligan a la Administración Pública.

<sup>159</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press Harla, 1998, p. 4.

<sup>160</sup> Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73, p. 100.

del poder público y de la autoridad. Por ello, señala Néstor Pedro Sagüés, no deben confundirse los roles.

“La Constitución debe ser eso, una ley fundamental, y no una ley ordinaria. Por ende, no tiene por qué ocuparse de asuntos accesorios, contingentes, secundarios. Tiene así que satisfacer el principio de fundamentalidad y tratar únicamente lo necesario para la regulación esencial del Estado”.<sup>161</sup>

Los caracteres específicos de la Constitución, como se dijo, implican un régimen jurídico propio. La Norma Suprema del ordenamiento tiene especiales principios de interpretación acordes con la función que tiene en el ordenamiento jurídico –a pesar de que se parte de los métodos que estudia la Teoría General del Derecho- y una jerarquía normativa particular, que establece, como consecuencia, un fundamento particular de validez que deben reunir las leyes, reglamentos y actos de autoridad. Cuando existe violación de los preceptos constitucionales existe una situación de negación directa e inmediata a los principios fundamentales sobre los que se asienta el orden político, de tal forma que las normas o actos de autoridad que contengan vicio de inconstitucionalidad tienen que ser necesariamente inaplicados o eliminados del ordenamiento jurídico, sin posibilidad de convalidación.

Las particularidades de la materia constitucional y la trascendencia de los casos que implican el control de la constitucionalidad determinan que en México y en Ecuador existan órganos jurisdiccionales precisos que se encarguen dicho control. Para el caso mexicano, en atención a las particularidades de su sistema de control constitucional, se determina, *ab initio*, la incompetencia de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo para aquel control. Sin embargo, estas afirmaciones merecen ser muy matizadas, especialmente para el caso mexicano, en el cual se reconocen ciertos presupuestos en los cuales los tribunales del orden de lo contencioso administrativo podrían hacer prevalecer la

---

<sup>161</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, en nota 106, p. 58.

Constitución por sobre la ley. El estudio de dichos presupuestos requiere una referencia particular a cada país, pues México y Ecuador tienen sistemas diferentes de control constitucional.

En México, el proceso contencioso administrativo no constituye vía para estudiar y resolver sobre la constitucionalidad de normas jurídicas, pues ello se instrumenta estrictamente a través del juicio de amparo o mediante acción de inconstitucionalidad que conocen los competentes órganos del Poder Judicial de la Federación, según lo que disponen los artículos 104 fracción I-B y 105 fracción II de la CPEUM. De esta manera, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa está obligado a juzgar según una estricta aplicación de la ley, sin pronunciarse sobre su constitucionalidad.

Sin embargo, como destaca Margain Manatou, los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo son claros en establecer que la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la de sus Salas y la de los Tribunales Colegiados del Circuito es obligatoria para los tribunales administrativos. Por ello, cuando los órganos judiciales competentes han declarado la inconstitucionalidad de una ley y existe jurisprudencia obligatoria sobre el tema, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa está obligado a aplicar dicha jurisprudencia al juzgar la legalidad de un acto o resolución fundados en la ley declarada inconstitucional. Esto se debe a que por disposición del artículo 133 de la CPEUM, que establece la supremacía constitucional, no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados como contrarios a la Norma Fundamental. Se debe añadir que esta solución no atenta contra el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues cuando el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa aplica una jurisprudencia obligatoria en un caso concreto no está invalidando la ley ni declarando su inaplicabilidad absoluta.<sup>162</sup> Estos criterios los ha formulado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Jurisprudencia P/J38/2002, dictada para resolver la contradicción de tesis No. 6/2002:

---

<sup>162</sup> Margain Manatou, Emilio, *op. cit.*, en nota 152, pp. 97-98.

“JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tribunal jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta. Por otro lado la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional

una ley, de la misma manera que, guardada la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación”.<sup>163</sup>

No obstante, la Segunda Sala de la Corte ha determinado que la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de una ley no es aplicable a otras normas, aun cuando éstas reiteren el contenido de la ley declarada inconstitucional. La Sala considera que esto significaría una invasión de competencias, como lo expresa en la jurisprudencia No. 2a./J. 54/2005, dictada en la contradicción de tesis No. 22/2005-SS:

“JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA NO DEBE APLICARLA PARA RESOLVER SOBRE LA LEGALIDAD DE UN ACTO FUNDADO EN UNA DISPOSICIÓN DIVERSA A LA DECLARADA INCONSTITUCIONAL, AUN CUANDO REITERE SU CONTENIDO. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no debe aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de un precepto declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver sobre la legalidad de un acto fundado en una diversa disposición a la que se declaró inconstitucional, con independencia de que aquella sólo haya reiterado el contenido de esta última, ya que se trata de un nuevo acto legislativo no examinado por el Alto Tribunal, pues aceptar lo contrario, llevaría a que los tribunales ordinarios determinen, sin facultades para ello, que otra ley tiene los mismos vicios reconocidos explícitamente en la declarada inconstitucional por jurisprudencia, lo que contraviene el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes reservado a los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación y a la determinación última del Máximo Órgano jurisdiccional. Además, la aplicación analógica del criterio contenido en una tesis de jurisprudencia que hubiera determinado la inconstitucionalidad de cierta norma, ya no es lo que el propio Alto Tribunal ha definido como una cuestión en la que los tribunales administrativos se limitan a realizar un estudio de legalidad, relativo a si el acto o resolución impugnados

---

<sup>163</sup> Tesis No. 38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 5.

respetaron el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque si un precepto no ha sido declarado específica y concretamente inconstitucional por aquella jurisprudencia, el análisis de otro precepto, aunque sea semejante, sólo lo pueden hacer los tribunales de control constitucional".<sup>164</sup>

En mi opinión, el criterio de la Sala se destaca por un excesivo formalismo que permite, como negativo efecto, la subsistencia de la transgresión a la Constitución. En mi criterio interesa la salvaguarda de los grandes principios sobre los que se asienta el Estado, aun cuando se trate de otra ley que insiste en su violación y dicha ley no haya sido analizada por la Suprema Corte. Aun en estas circunstancias, más interesa evitar el vicio en sí mismo y en su propia esencia, por lo cual, si la Suprema Corte ya se pronunció sobre una transgresión constitucional y advirtió los conceptos de este quebrantamiento, mal podría tolerarse su subsistencia e impedirse que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa deje de aplicar, en sus conceptos esenciales, el criterio jurídico vertido en la jurisprudencia de la Corte.

Interesa también reflexionar, según lo destaca Margain Manatou, si el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al momento de decidir una causa, puede hacer prevalecer la Constitución y la ley sobre un reglamento inconstitucional o ilegal, o en otros términos, aplicar la Constitución y la ley desconociendo el valor jurídico de un reglamento que las contraría. El autor citado invoca jurisprudencia en la que dicho Tribunal ha razonado que si bien carece de competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley, no resulta igual situación cuando se trata de un reglamento, pues como tribunal de legalidad está obligado a aplicar la norma superior en que debe fundamentarse el reglamento, mas no el precepto normativo reglamentario que pretende llevar sus disposiciones en contradicción con la Norma Fundamental o las leyes. Sin embargo, es de advertir, como lo hace Margain Manatou, que el juzgamiento del Tribunal en base a la legalidad por sobre la norma reglamentaria, sólo tendría

---

<sup>164</sup> Tesis 54/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 481.

lugar cuando se trate de reglamentos de ejecución, previstos en el artículo 89 fracción I de la CPEUM, pero no cuando esté en juego reglamentos autónomos, precisamente, a los que hacen referencia los artículos 16 y 21 de la CPEUM, debido a que estas normas jurídicas no ejecutan las leyes, de modo que pueda observarse una contradicción con las mismas a propósito de dicha ejecución, sino que tienen sus límites en la propia Constitución.<sup>165</sup>

En Ecuador, la situación es distinta a la de México. En el caso ecuatoriano, la diferenciación entre asuntos de constitucionalidad y asuntos de legalidad, si bien determina la competencia material de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, también muestra su especial trascendencia para delimitar el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. A ello se suma que el sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano es diferente del mexicano, muy precisamente, en lo referente a los procesos de garantía de los derechos constitucionales.

Un estudio detenido de los procesos constitucionales en el Ecuador excedería al tema y a los propósitos de esta tesis, pero para el objetivo de delimitar la materia del proceso contencioso administrativo es preciso tener en cuenta, en primer término, que en Ecuador existe el control difuso de constitucionalidad y normas expresas que permiten a los jueces de cualquier jerarquía hacer prevalecer las normas superiores sobre las de inferior rango normativo. El artículo 424 de la CPRE, al referirse a la supremacía de la Constitución, establece una específica causal de invalidez absoluta de cualquier norma jurídica o acto de autoridad que no mantengan conformidad con las disposiciones constitucionales. El citado artículo constitucional dice:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

---

<sup>165</sup> Margain Manatou, Emilio, *op. cit.*, en nota 152, pp. 101-104.

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

El artículo 425 de la CPRE dispone que los jueces y autoridades administrativas, en caso de conflicto entre normas de diversa jerarquía, deberán aplicar la superior. También debe resaltarse que el artículo 426 implícitamente permite la apreciación de la constitucionalidad de los actos y normas, pues ordena que todas las personas, autoridades e instituciones se sometan a la Constitución, de tal modo que se aplicarán las normas constitucionales aun cuando las partes no las invoquen expresamente. Los artículos citados dicen lo siguiente:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

“En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

“La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

“Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

“Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

El control difuso de constitucionalidad está previsto expresamente en el artículo 428 de la CPRE:

“Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

“Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

Como puede verse, los jueces ecuatorianos, al momento de resolver una causa, pueden realizar un juicio de constitucionalidad de cualquier norma jurídica, y en caso de determinar su desconformidad con las disposiciones constitucionales, deben suspender la tramitación del proceso y remitir una consulta a la Corte Constitucional para que ésta resuelva sobre la constitucionalidad de la norma. Aunque no lo dice el artículo 428, debe entenderse que si la Corte Constitucional determina que la norma es inconstitucional, ésta carecerá de validez y, por tanto, no será aplicada por el juez consultante al momento de dictar sentencia. Esta consecuencia guarda congruencia con lo dispuesto en el artículo 424, en relación con la supremacía constitucional.

En Ecuador existe también el control concentrado de constitucionalidad, a través del cual cualquier persona, mediante “acción pública”, puede demandar la inconstitucionalidad de una norma jurídica ante la Corte Constitucional. La

sentencia que declara la inconstitucionalidad produce como efecto que la norma contraria a la Constitución sea expulsada del ordenamiento jurídico, de tal modo no podrá ser invocada en el futuro ni aplicada por los jueces. Esto se desprende del numeral 2 del artículo 436 de la CPRE:

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...]

“2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”.

En lo que se refiere a la tutela de derechos constitucionales, el amparo ecuatoriano, que actualmente se denomina “acción de protección, se configura como un proceso que ataca actos u omisiones de cualquier autoridad pública, que violen o puedan violar los derechos fundamentales. Este proceso no es procedente para la defensa de otro tipo de derechos, ni para impugnar normas jurídicas.

Esta estructura procesal del control constitucional y de la tutela de los derechos fundamentales hace muy importante la distinción entre asuntos de constitucionalidad y de legalidad. Cuando se somete una cuestión de legalidad a conocimiento de los jueces o de la Corte Constitucional, mediante acción de protección o demanda de inconstitucionalidad, simplemente no existe materia para ser resuelta por dichos jueces y Corte, de tal forma que desechará la respectiva demanda por ser la cuestión de conocimiento propio de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, en cuanto jueces de legalidad. Sea el caso de un funcionario público a quien se le violó el derecho de dar su consentimiento por escrito para ser trasladado a prestar servicios fuera de su domicilio, en trasgresión a expresas disposiciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa ecuatoriana. En estos casos se ha acudido al proceso de tutela de derechos constitucionales invocando nociones de “seguridad jurídica” y “derecho al trabajo”, alegando que el traslado administrativo ilegal produce como

consecuencia la falta de “certeza en el ejercicio de las garantías de trabajo”, así como la “dificultad en el ejercicio de este derecho constitucional”. Se ve aquí una suerte de “deducción” forzada frente a la cual debería preguntarse ¿cuál es la norma jurídica que directa e inmediatamente ha sido violada?, ¿qué carácter tiene el derecho vulnerado?

En el ejemplo propuesto es evidente que el derecho al consentimiento del funcionario cuando se le traslada a un lugar distinto a su domicilio nace de una ley y no de la Constitución, justamente, porque no es un derecho fundamental, y sobre todo, porque la finalidad de la Constitución es establecer las normas y principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del Estado, y en tal sentido, absurdo sería sostener que el mencionado derecho de consentimiento constituye un elemento esencial de organización del Estado. La regulación del derecho en análisis es materia propia de la ley, y por ende, la norma directa e inmediatamente violada no es la Constitución, sino la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Por tanto, el asunto es de legalidad y la competencia para conocerlo y resolverlo corresponde a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

En lo que se refiere a los reglamentos y otras normas de jerarquía inferior a la ley, estos pueden resultar inconstitucionales o ilegales. Sobre esto en el Ecuador han habido demasiadas confusiones. Sea el caso de un reglamento de aplicación de un determinado tipo de contratos previstos en una ley, reglamento que altera las disposiciones de esta última. Bien es verdad que el artículo 147 numeral 13 de la Constitución ecuatoriana dispone que los reglamentos no podrán contravenir o alterar a las leyes, no obstante lo cual, este precepto, sólo por incidencia indirecta resulta trasgredido, pues lo que directa e inmediatamente ha sido violado es aquella ley que regula ciertos contratos, asunto que, por lo demás, no compete tratar a las regulaciones normativas de la Constitución. Por consiguiente, no serán las disposiciones constitucionales las que servirán para definir el alcance del vicio, sino las mismas disposiciones legales que han sido vulneradas por el reglamento. El asunto resulta ser de legalidad y su conocimiento compete a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

### 3. Actos excluidos

En Ecuador, el artículo 6 de la LJCA dispone lo siguiente:

“Art. 6.- 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 la 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”.

La referencia 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” resulta obvia por cuanto en el contencioso administrativo se controvierten actos regulados por el Derecho Administrativo o Tributario. La misma observación es aplicable al Derecho mexicano pues de la lectura del artículo 11 de la LTFJFA puede observarse que los asuntos que son de competencia de Tribunal Federal se someten a aquellas disciplinas del Derecho Público.

En cuanto a las resoluciones expedidas por los organismos electorales, tanto en México como en Ecuador existen órganos con competencias precisas para conocer de la materia, por lo cual no corresponde su juzgamiento a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo. En México, la materia electoral es de competencia del Tribunal Electoral de la Federación, por disposición

expresa de los artículos 94 y 99 de la CPEUM. En Ecuador, las cuestiones electorales las conoce el Tribunal Contencioso Electoral, que si bien no forma parte de la Función Judicial, por expresas disposiciones constitucionales tiene la atribución de conocer y resolver resoluciones de carácter electoral. Al respecto, los el artículo 221 de la CPRE establece:

“Art. 221.- El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:

1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.

2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.

3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto.

Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento”.

Especial problemática muestran los actos discrecionales y los actos políticos, los cuales han sido tradicionalmente excluidos del control judicial con argumentos que la doctrina progresivamente ha ido superando.

Uno de los requisitos que se exigen para que un acto administrativo sea impugnabile es que provenga de las facultades regladas de la Administración.

“El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (ascertamento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración,

sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y concreto”.<sup>166</sup>

En las facultades discrecionales, por el contrario, el ordenamiento jurídico otorga a la Administración una cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción; para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.<sup>167</sup>

“La facultad discrecional [...] se encontrará allí donde la Administración cuente con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho ante la cual dictará el acto previsto por la norma, a la determinación del acto que dictará ante la situación de hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto. Cualquiera que sea el aspecto sobre el cual recae la posibilidad de elección, se tratará de una facultad discrecional y no le serán aplicables los principios antes mencionados para las facultades regladas”.<sup>168</sup>

Las facultades discrecionales son una exigencia de todo gobierno humano. Siempre es necesario que la autoridad tenga un margen de actuación libre frente a las diversas circunstancias que la realidad social puede plantear, las cuales no pueden ser agotadoramente previstas por la norma. Al Juez, que está llamado a aplicar el Derecho, no le corresponde suplir o intervenir en ese tipo de apreciación que hace el gobernante o el administrador, pues estaría interviniendo en cuestiones de índole gubernamental o política. No obstante, la discrecionalidad – que permite a la Administración una esfera de estimación subjetiva- no significa un ámbito de actuación marginal al Derecho; “[...] es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con

---

<sup>166</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 452.

<sup>167</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 48, p. 467.

<sup>168</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. II, p. 647.

ese carácter”. No hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley, y en la medida en que ésta lo haya dispuesto.<sup>169</sup>

La discrecionalidad, como observan García de Enterría y Fernández, no puede ser total, sino parcial; es decir, relativa a los elementos y aspectos que la propia ley define. Por otra parte, la existencia de potestades discrecionales, no significa que los actos que provienen de aquéllas no tengan elementos reglados. No existe discrecionalidad pura.

“En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión [...], la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional del quantum pero dentro de determinadas magnitudes, etc.). De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora”.<sup>170</sup>

El control jurisdiccional de los actos discrecionales es posible respecto de los siguientes aspectos:

*a. La motivación.* La exigencia de una racionalidad en la expedición de los actos administrativos está prevista en las constituciones mexicana y ecuatoriana.

---

<sup>169</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 462-463.

<sup>170</sup> *Idem.*

El artículo 16 de la CPEUM dispone: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento”.

Por su parte, el artículo 76 numeral 7 literal I) de la CPRE dispone:

“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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

*b. La competencia, forma y procedimiento.* Estos elementos adquieren, frente a la facultad discrecional, el carácter de verdaderas garantías de corrección de la conducta administrativa.<sup>171</sup>

La competencia siempre nace del ordenamiento jurídico y constituye una primera dosis de legitimidad de cualquier actuación de la autoridad pública.<sup>172</sup> La forma y el procedimiento, por su parte, son requisitos de cualquier acto administrativo que se exigen para evitar la arbitrariedad y garantizar el debido proceso.

*c. La finalidad para la cual se otorga la potestad discrecional.* “Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad”.<sup>173</sup>

Cuando la Administración atenta contra la regularidad de los fines para los cuales el Ordenamiento le otorgó la potestad discrecional, se produce la llamada desviación de poder.

---

<sup>171</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. II, p. 661.

<sup>172</sup> Gordillo, Agustín, *op. cit.*, en nota 64, p. XII-7 – XII-12.

<sup>173</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 475.

“Existe desviación de poder cuando el órgano estatal actúa con una finalidad distinta o diversa de la perseguida por la ley, excediendo de ese modo los poderes que le han sido otorgados. En consecuencia, cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley su conducta es por ello sólo antijurídica. El administrador no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley con la finalidad prevista por ella.

“En la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad, con las siguientes modalidades:

“1. Fin personal, cuando el acto administrativo ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.).

“2. Fin extraño, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo, si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contrata con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato.

“3. Fin administrativo distinto al de la ley, cuando se protege un interés de carácter general pero diverso de aquel querido por la ley de la función. Este es un caso bastante común de desviación de poder.

“El funcionario imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estadista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado. Por ejemplo, al aplicar mayor número de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas sino para obtener mayores fondos para la comuna, o usa de las facultades que le confiere el estado de sitio para fines comunes de control de la moralidad u otros fines [...]”.<sup>174</sup>

Por otra parte, según Héctor Mairal, vinculado con la noción de desviación de poder se habla también de la desviación del procedimiento, que se produce cuando dos normas distintas permiten a la Administración llegar al mismo resultado, pero mediante procedimientos diferentes y ajustados, en cada caso, a las finalidades específicas de cada norma. Sucede entonces que en lugar de perseguir el fin propio que prevé cada norma y utilizar el procedimiento apropiado

---

<sup>174</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 48, p. 474.

para tal fin, se utiliza otro cauce de acción para eludir el cumplimiento de formalidades.<sup>175</sup>

El autor citado pone como ejemplo el caso del prefecto de Argelia, quien actuando con instrucciones ministeriales, ordenó el secuestro de la totalidad de ediciones de diversos periódicos fundándose en la norma del Código de Procedimientos Penales que permite a los prefectos llevar a cabo personalmente todos los actos necesarios para comprobar los delitos contra la seguridad interna del Estado, pero no se imputó finalmente delito alguno de ese tipo. Se trató en realidad de una medida administrativa destinada a prevenir disturbios; por ende, al descartar el procedimiento previsto por otras normas relativas al restablecimiento del orden en Argelia y recurrir al procedimiento referido se incurrió en exceso de poder.<sup>176</sup> Del ejemplo propuesto, fácil es deducir que el vicio de desviación de procedimiento viola derechos, especialmente los relacionados con el debido proceso.

*d. Los hechos determinantes.* Hay vicio de ilegitimidad en el acto discrecional cuando el hecho que requiere la norma no se ha producido, o cuando la calificación de tal hecho por parte de la Administración no corresponde al tenor de la norma que prevé las atribuciones discrecionales.

“Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de la vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: algo no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esta ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o

---

<sup>175</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. II, p. 611.

<sup>176</sup> *Ibidem*, pp. 611-612.

no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”.<sup>177</sup>

Hecha esta exposición, es preciso distinguir la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados. Como ya se dijo, la facultad discrecional permite una apreciación subjetiva ante diversas circunstancias que se pueden presentar en la realidad. A través de ella se otorga a la Administración una posibilidad de elección entre alternativas igualmente justas, porque la decisión se fundamenta en criterios remitidos al juicio subjetivo de la autoridad. El concepto jurídico indeterminado, por el contrario, delimita un ámbito de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en el enunciado legal, no obstante lo cual se quiere delinear un supuesto concreto. Ejemplos de estos conceptos pueden ser las expresiones legales “justo precio”, “incapacidad del funcionario”, “casos de grave peligro”, “falta de probidad”, etcétera.

La inclusión de esas locuciones en una norma jurídica no significa la concesión de una potestad discrecional.

“La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la

---

<sup>177</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 478.

indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.<sup>178</sup>

En lo que se refiere a los actos políticos, el abuso de esta noción para permitir la arbitrariedad y excluir el control judicial de la Administración Pública ha recibido decisivas críticas de la doctrina. Es importante poner de relieve, en palabras de García de Enterría y Fernández, que:

“Históricamente la doctrina de los actos políticos fue introducida por el Consejo de Estado francés [...] en el momento crítico de la Restauración borbónica, cuando peligraba, como creación napoleónica, la subsistencia de la gran institución y de sus funciones. El Consejo se negó sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones que hacían relación a problemas políticos derivados de la extinción del régimen napoleónico (por ejemplo, *arrêt Laffite*, 1822), y más adelante a los que se referían a los distintos cambios y pugnas políticas que se sucedieron. Se llegó a la *teoría del móvil político*, según la cual, fuese cual fuese el objeto material del acto, siempre que los gobernantes lo dictasen en función de un fin político, el acto dejaba de ser administrativo y se convertía en político, haciéndose con ello exento del control contencioso administrativo. El sistema funcionó con todos los regímenes hasta 1875. En esta última fecha, ya establecido el sistema de jurisdicción delegada (desde 1872), que reconoció al Consejo de Estado toda su independencia, por vez primera rechazará éste la teoría del móvil político en su *arrêt Prince Napoleón*, entrando a conocer de la reclamación del príncipe Jerónimo Napoleón contra su cese como general de división. El criterio se mantiene en 1880, a propósito de asuntos relacionados con la expulsión de los jesuitas, y en 1887, *arrêt Prince d'Orleans* y *Prince Murat*. Desde entonces se mantiene aún la tesis de los actos políticos o de gobierno únicamente en cuanto se refieran a una lista concreta de materias, que la jurisprudencia posterior ha ido reduciendo. Esta lista, ya desvinculada por completo del origen de la doctrina, comprende hoy las relaciones

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 465.

internacionales, las relaciones interconstitucionales del Ejecutivo con los demás poderes y las cuestiones de gracia y amnistía”.<sup>179</sup>

Bien se comprenderá que la adopción de la tesis del móvil o fin político puede ocasionar que muchos actos francamente administrativos queden fuera de control jurisdiccional, con los negativos resultados consiguientes.

En teoría, los actos políticos no corresponderían a labor administrativa, pues ésta es una actividad concreta, dirigida a través de una acción positiva a la realización de los fines y cometidos del Estado, en cuanto éstos requieren de ejecución inmediata y práctica. Por el contrario, y en términos generales, la actividad política se refiere a la vida y dirección del Estado en su conjunto, en su totalidad. A través de ella se fijan:

“[...] las grandes directrices de la orientación política, señalando el destino del Estado a través de la gestión de asuntos que afectan a los intereses vitales o esenciales de la comunidad.

“La función política es la actividad de los órganos supremos de un Estado, que ejecutan y aplican la Constitución, en defensa de sus altos intereses [...]”.<sup>180</sup>

No obstante, tal esquema teórico presenta muchas dificultades cuando se trata de aplicarlo a la práctica. Lo primero a tener en cuenta es que los llamados “actos políticos” o “cuestiones políticas” constituyen nociones en franco retroceso, limitadas a específicos casos que la jurisprudencia de varios países cada vez reduce más. Dichos casos versarían, básicamente, sobre las relaciones entre los órganos constitucionales y las relaciones internacionales. Aun así, y como denota Mairal, no existe un criterio absoluto y universal para saber cuando existe una “cuestión política” que no pueda someterse a juzgamiento.<sup>181</sup> Esto, por la razón fundamental de que en tiempos contemporáneos, en los cuales es un axioma la

---

<sup>179</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1989, t. I, p. 559.

<sup>180</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 48, p. 115.

<sup>181</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. II, p. 502.

plena subordinación de la autoridad al Derecho y la proscripción de la arbitrariedad, cualquier acto del poder público puede analizarse sobre pautas jurídicas, no sólo provenientes de la legalidad, sino más aun, a partir de las disposiciones constitucionales y de los principios generales del Derecho.

A lo sumo, consideramos que el único interés que podría tener el tema de las “cuestiones políticas” o de los “actos políticos” es en torno a la definición de las competencias jurisdiccionales. Bien puede suceder que tales cuestiones o actos escapen del control de legalidad que ejercen los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, pero puede quedar la posibilidad de atacarlos a través de los procesos constitucionales.

#### **4. Actos impugnables**

En las normativa mexicana y ecuatoriana que trata sobre los asuntos que son de conocimiento de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo (artículos 14 de la LOTFJFA y 10 de la LJCA) puede observarse claramente que está involucrado un acto administrativo, esto es, un acto que decide sobre un asunto concreto y particular, y que se dirige derechamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, la cual puede consistir en la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra situación jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación.<sup>182</sup>

El ordenamiento jurídico mexicano exige que los actos administrativos enumerados en el artículo 14 de la LOTJFA sean definitivos. Al respecto, la norma citada establece que “[...] las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa”. Esta disposición se traduce en la carga de agotar la vía administrativa como condición previa y necesaria para poder ocurrir a la vía jurisdiccional, es decir, de

---

<sup>182</sup> Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, en nota 55, p. 33.

acudir precedentemente ante la autoridad administrativa y formular los recursos administrativos obligatorios que prevé el ordenamiento jurídico, para luego de ello, bien con una resolución administrativa sobre el recurso interpuesto, bien habiendo la autoridad incurrido en silencio, formular la demanda que dará lugar al inicio del proceso contencioso administrativo. De no cumplirse con dicha carga, procedería la declaratoria de improcedencia del juicio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 8 fracción VI de la LFPCA.

El agotamiento de la vía administrativa se entiende como un presupuesto procesal del contencioso administrativo, cuyos fines teóricos, según Héctor Mairal, podrían ser los siguientes:

“I) Simplemente, otorgar a la Administración el privilegio de no ser llevada a juicio sin aviso previo.

“II) Dar una oportunidad a la Administración para que corrija sus errores a la luz de las observaciones que formula el particular.

“III) Evitar que la Administración sea llevada a juicio por decisiones de órganos inferiores, tomadas a veces sin debida deliberación.

“IV) Reducir el número de casos que llegan a la instancia judicial permitiendo que la mayor cantidad posible alcance solución mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo (finalidad válida) o alargando y complicando los trámites para que los particulares se descorazonen, pierdan interés por haberse tornado abstracta la cuestión o cometan errores formales en que fundar la denegatoria (finalidad inadmisible).

“V) Respetar la independencia de la Administración evitando interferir prematuramente en su proceso decisorio.

“VI) Permitir a la Administración investigar, registrar y evaluar los hechos aplicando sus conocimientos técnicos especializados, facilitando así la revisión judicial que gozará del beneficio de esa evaluación y de la compilación del expediente en sede administrativa”<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. I, p. 304.

En Ecuador, el artículo 5 de la LJCA se refería a la misma carga, aunque con una terminología diferente:

“Art. 5.- Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación”.<sup>184</sup>

La norma citada, y todas aquellas que exigían la carga de agotar la vía administrativa, fueron reformadas por el artículo 38 de la LME, que en su parte pertinente dispone:

“No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.

La supresión de la carga de agotar la vía administrativa respondió a las severas críticas que este requisito evidenciaba. Como expresa Nicolás Granja Galindo,

“[...] el particular lesionado se desespera por llegar pronto a la justicia, frente al procedimiento administrativo que es realmente letra muerta, porque la Administración no se preocupa ni siquiera en contestar, en resolver, ni en decir que no (produciéndose el maléfico invento del “silencio tácito”), cuando en verdad ese contradictorio del

---

<sup>184</sup> En la Ley ecuatoriana, el concepto de “resolución definitiva” que emplea la legislación mexicana equivale a “resolución que causa estado”. En Ecuador también se entiende por “resolución definitiva”, al igual que en el Derecho español, a aquel acto administrativo que “[...] implica la resolución con plenos efectos jurídicos de una cuestión sometida al conocimiento de la Administración Pública en alguno de sus niveles”. En tal sentido, resolución definitiva se opone al acto de trámite, esto es, a aquel que “[...] no resuelve el expediente o lo hace de manera provisional”. Garrido Falla, Fernando, “La Materia Contencioso-Administrativa: Actos Impugnables y Pretensiones de las Partes”, en *El Contencioso-Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1988, p. 59.

procedimiento administrativo podría enriquecer los derechos y podría evitar juicios innecesarios”.<sup>185</sup>

En México la supresión de la carga de agotar la vía administrativa ha sido propuesta por la doctrina. Al respecto, Pedro Cuevas Figueroa reflexiona que los recursos administrativos pueden o no servir de defensa para el ciudadano, dependiendo de la calidad de los funcionarios y de sus actitudes. Cuando tal calidad y actitud es negativa, el requisito de agotamiento de la vía administrativa resulta un engorroso trámite adicional. Por ello, el autor citado manifiesta:

“En tales condiciones, parece ser que la mejor solución ha consistido en dejar a la libre elección del particular el ejercitar o no el recurso administrativo previo al juicio ante el tribunal. De esta manera, si el particular se enfrenta a un funcionario responsable, consciente de su papel, que serenamente analiza las resoluciones impugnadas y emite una resolución apegada a derecho, habrá ganado mucho con acudir a la vía de recurso, pues en esa sola etapa habrá agotado todo su itinerario litigioso. Por el contrario, si el particular se enfrenta a un funcionario que sistemáticamente confirma todas las resoluciones impugnadas, pues no se entretendrá con promover el recurso o lo hará una vez, pero no repetirá el error sino que acudirá directamente al tribunal para que ahí se pronuncie la sentencia justa que asegure el respeto a sus derechos. De manera que, la mejor solución para este problema de los recursos previos o paralelos, es dejar abierta la opción para que los particulares decidan libremente si pasan por la etapa del recurso o acuden directamente ante el tribunal administrativo”.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Granja Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 2a. ed., Quito, Editorial Universidad, 1992, p. 396.

<sup>186</sup> Cuevas Figueroa, Pedro, “Principios de Defensa del Gobernado ante un Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo”, en Nava Negrete, Alfonso, Vega Hernández, Rodolfo y Robles Ordóñez, Ramón (Coord.), *Justicia Administrativa en México y en Iberoamérica, Revista de Estudios de Derecho Público*, México, No. 1, diciembre de 2001, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Municipio de Colón, Querétaro, 2002, p. 12.

En la actualidad, el artículo 83 de la LFPA establece que el recurso de revisión es optativo, y de igual manera lo hace el artículo 120 del CFF respecto del recurso de revocación. Por el contrario, expresamente establecen la obligación de agotar el recurso administrativo los artículos 65 de la Ley del Banco de México, 95 de la Ley de Comercio Exterior y 33 de la Ley de Sistemas de Pagos. En otras ocasiones, las leyes se remiten a las disposiciones de la LFPA o del CFF, y en tales casos debería entenderse que no es obligatorio el agotamiento del respectivo recurso, ya que estas normativas, que tienen un ámbito general de aplicación en materia administrativa y fiscal, establecen que la interposición del recurso de revisión o de revocación es optativo.

En la temática de los actos impugnables, es importante tener presente el párrafo segundo del artículo 2 de la LFPCA, que dispone que también procede el proceso contencioso administrativo “[...] contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación”. Esta norma plantea una doble problemática: a) la distinción entre acto administrativo y reglamento; y, b) la distinción entre el reglamento y otras figuras jurídicas, que sin tener la jerarquía del primero, tienen carácter normativo.

La distinción entre acto administrativo y reglamento puede parecer simple: el primero se refiere a un acto jurídico que resuelve sobre asuntos concretos y particulares, mientras que el segundo contiene normas jurídicas abstractas y generales. Sin embargo, la Administración Pública puede dictar disposiciones de alcance general que pueden suscitar dudas. Sea el caso de una veda de pesca, impuesta por un tiempo determinado, que pretende evitar el agotamiento de una especie marina y favorecer su reproducción. La veda implica la prohibición general de realizar una actividad económica y se dirige a un número indeterminado de sujetos.

Como indica Fernández Salmerón, el elemento de abstracción o generalidad constituye un criterio parcialmente válido para identificar a un cabal reglamento, y por ende, para distinguirlo de un acto administrativo. Por ello, es preciso

considerar que el reglamento constituye una norma-regla, tal como advierte el autor citado.<sup>187</sup>

El reglamento contiene auténticas normas de derecho y se integra en el ordenamiento jurídico dentro de un específico lugar en la jerarquía normativa, con un carácter subordinado a la Constitución y a las leyes. Como toda regla jurídica, la que brota del reglamento es general, abstracta y obligatoria, ya que pretende establecer un cierto orden y disciplina para un número indeterminado de personas y casos. Por el contrario, y como ya adelantamos, el acto administrativo decide sobre un *asunto concreto y particular*, y se dirige derechamente a la producción o al establecimiento de una precisa consecuencia jurídica, la cual puede consistir en la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra situación jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación.<sup>188</sup> El acto administrativo, por tanto, *no contiene normas jurídicas y no innova el ordenamiento*.

Hecha esta primera delimitación, cabe destacar que el número de destinatarios no tiene la virtualidad de mutar el acto administrativo en una figura reglamentaria, es decir, en una cabal regla de conducta. En otros términos, la generalidad y abstracción, entendida en un sentido puramente cuantitativo, no constituye un criterio absoluto e infalible para establecer si una figura jurídica constituye un acto administrativo o un reglamento, razón esta que hace necesaria la observación de otras particularidades.<sup>189</sup> Al respecto, vale insistir en que el acto administrativo se refiere a un *asunto concreto y particular*, sin que interese la individualidad o generalidad de los destinatarios. Por ello, son actos administrativos, tanto aquellos que imponen una multa a la persona de un ciudadano, como los que imponen una veda de pesca, ordenan que toda la población se cense en una fecha determinada o que prohíben fumar a todo el

---

<sup>187</sup> Fernández Salmerón, Manuel, *El Control Jurisdiccional de los Reglamentos. Procedimiento Administrativo, Proceso Judicial y Potestad Reglamentaria*, Madrid, Atelier, 2002, pp. 50-51.

<sup>188</sup> Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, en nota 55, p. 33.

<sup>189</sup> Fernández Salmerón, Manuel, *op. cit.*, en nota 187, p. 51.

mundo en un edificio. Al hablar de un “asunto concreto y particular” se quiere expresar lo *singular y determinado del asunto y de las consecuencias jurídicas que se buscan, independientemente del número de destinatarios*. Como señalan García de Enterría y Fernández, la diferencia entre el reglamento y el acto administrativo es *de grado*. El primero integra el ordenamiento jurídico, ya que contiene normas de derecho abstractas e impersonales que no están llamadas a consumirse con su cumplimiento en un caso singular. El segundo es un acto aplicativo del ordenamiento, que no lo innova y que se agota con su cumplimiento.<sup>190</sup> En suma, y como se indicó anteriormente, la diferencia entre el acto administrativo y el reglamento, antes que brotar de la sola consideración de las notas de generalidad y abstracción en sentido cuantitativo, radica en la naturaleza de norma de derecho que tiene el primero y la de acto jurídico particular que tiene el segundo.

La delimitación de conceptos que antecede tiene una indudable trascendencia procesal, en atención a la disposición del párrafo segundo del artículo 2 de la LFPCA. Según esta norma, a través del proceso contencioso administrativo no se pueden impugnar normas jurídicas de rango reglamentario, pero sí actos administrativos que, resolviendo un asunto concreto y particular, se dirijan a una generalidad, a un número indeterminado de sujetos.

Dichos actos administrativos pueden estar expresados mediante decretos o acuerdos, y en virtud del número de destinatarios, es obligatoria su publicación en el Diario Oficial de la Federación, por disposición de los artículos 4 de la LFPA y 3 de la Ley del Diario Oficial de la Federación. Sin embargo, el instrumento por el cual se expresan actos administrativos de alcance general –decreto o acuerdo– no tiene virtualidad de alterar la naturaleza y régimen jurídico de dichos actos. Explica Acosta Romero que el decreto, genéricamente considerado, “[...] es una decisión de un órgano del Estado que crea situaciones jurídicas concretas o individuales y que requiere de cierta formalidad (publicación), a efecto de que sea conocido por

---

<sup>190</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, pp. 187 y 554.

aquellos a quienes va dirigido”.<sup>191</sup> Según esta definición, los decretos que emite la Administración Pública incorporan un cabal acto administrativo, pues resuelven sobre “situaciones concretas o individuales”. De igual forma, tendrían carácter de acto administrativo aquellos decretos emitidos por el órgano legislativo cuando resuelven sobre un asunto particular, como la autorización para que el Presidente de la República se ausente del país. El acuerdo, por su parte, puede tener diversas significaciones; bien puede referirse a la expresión de la voluntad de un órgano colegiado sobre materias de su competencia; bien puede significar la reunión de funcionarios de diversas jerarquías a efecto de tratar asuntos de su competencia y para que el superior jerárquico resuelva las medidas que se deben tomar en casos concretos; o en fin, puede referirse a la decisión de un órgano superior en asuntos de su competencia que se hace saber al inferior.<sup>192</sup>

No obstante estas definiciones, el decreto o el acuerdo pueden incorporar normas jurídicas. Mediante decreto, por ejemplo, se incorporan reformas a los reglamentos, e incluso, pueden expresar la aprobación de normas con rango legal, como los instrumentos internacionales. De ahí que la figura del decreto o del acuerdo, como ya manifestamos, no tenga virtualidad propia para definir un acto administrativo o un reglamento. En la práctica, la utilización indiscriminada de las figuras del decreto o del acuerdo para diversos fines, con el efecto de imprecisión sobre su significado y alcance jurídico, no debe llegar a limitar u obstaculizar la labor del Juez y la misión de tutela del proceso contencioso administrativo. Por consiguiente, el Juez debe atender a los conceptos jurídicos y apreciar la verdadera esencia del acto que juzga, antes que al modo como se instrumenta.

El párrafo segundo del artículo 2 de la LFPCA también merece considerar que existen figuras normativas de rango inferior al reglamento. Como explica Jorge Fernández Ruiz:

---

<sup>191</sup> Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*, 13a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 1059.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 1068.

“En el nivel más modesto de la normativa jurídica, se ubican las disposiciones administrativas de carácter general, tales como circulares, manuales, reglas, instructivos, directrices, criterios de aplicación general, disposiciones generales y demás ordenamientos que contengan disposiciones generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, expedidas por funcionarios de la administración pública, cuya obligatoriedad, en rigor, se circunscribe a quien la emite y a sus subordinados, mas no a los gobernados, por lo que éstos podrán impugnarlas con éxito cuando rebasen o contradigan, en su perjuicio, la Constitución, la ley o el reglamento. A este respecto, la Suprema Corte de Justicia sentó la siguiente jurisprudencia: ‘Las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se funden en aquéllas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales’”.<sup>193</sup>

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 2 de la LFCA, consideramos que las disposiciones administrativas de carácter normativo, diversas a los reglamentos, pueden ser impugnadas mediante demanda contencioso administrativa cuando, en aplicación de ellas, se ocasione un perjuicio al demandante y se tache su ilegalidad o desconformidad con normas reglamentarias.

A diferencia de lo que sucede en México, en Ecuador, tanto en materia administrativa general como en la tributaria, es posible impugnar reglamentos y, en general, actos normativos dictados por la Administración Pública, siempre por motivos de legalidad. Esta posibilidad responde a las particularidades del sistema ecuatoriano que reserva todos los asuntos de legalidad al contencioso administrativo, mientras que los asuntos de constitucionalidad se encuentran previstos para los procesos de inconstitucionalidad de normas o de actos administrativos que son de conocimiento privativo de la Corte Constitucional.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 199. Cita de la Tesis 352, Segunda Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917, tercera parte, p. 584.

<sup>194</sup> En este sentido, es expresa la disposición del literal a) del artículo 10 de la LJCA:

Por último, es necesario indicar que el proceso contencioso administrativo es procedente para impugnar actos definitivos, es decir, aquellos que contienen una cabal resolución, pero no es procedente para impugnar actos provisionales, preparatorios de las decisiones finales o actos de mero trámite. En este sentido, un acto es definitivo cuando implica una la resolución administrativa que produce plenos efectos jurídicos,<sup>195</sup> que es idónea por sí misma para producirlos. Por el contrario, los actos preparatorios, provisionales o de mero trámite, se ubican dentro de lo que es previo a la decisión final administrativa, y preparatorio de la misma. Dentro de ellos no se incluyen solamente a los que versan sobre la ordenación del procedimiento administrativo, sino también a los actos materiales distintos de la simple ordenación (informes, propuestas, autorizaciones previas, aprobaciones iniciales, etcétera) que preparan la resolución final. Se trata de actos instrumentales de esta, que se ordenan al mejor acierto o garantía de ella, que la preparan y la hacen posible.

El acto provisional, preparatorio o de mero trámite no puede impugnarse *por sí mismo o separadamente*. El énfasis es necesario, pues no se trata de una esfera de impunidad de la Administración, sino de una regla de orden, de un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para que, a través de la impugnación de aquella, se pueda plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos preparatorios o de trámite.<sup>196</sup>

Sin embargo, en la legislación ecuatoriana, siguiendo a la doctrina y legislación española, se establece que los actos preparatorios, provisionales o de mero trámite son impugnables, según el artículo 5 de la LJCA, cuando deciden,

---

“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; [...]”.

<sup>195</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, en nota , p. 58.

<sup>196</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 3a. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1991, t. II, p. 555.

directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan fin al procedimiento o haga imposible su continuación. Al respecto, explica Garrido Falla:

“[...] al exigirse que el acto sea definitivo quedan excluidos de la posibilidad de recurso los actos de trámite y los actos provisionales. Así, no pueden recurrirse los actos o providencias que preparan la resolución del expediente administrativo o que conceden o niegan la prueba propuesta por el interesado, o el trámite de audiencia, o, en suma que no tienen otro carácter que el de simples actos de impulsión procedimental. Ahora bien, la ley admite una importantísima excepción: los actos de trámite son impugnables –como se dijo- cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible su continuación. Y se comprende que sea así; pues bajo la apariencia de actos de trámite se esconden muchas veces auténticas resoluciones administrativas que prejuzgan el fondo de la cuestión planteada, o que se dictan –desgraciadamente esto no es infrecuente- con la aviesa intención de dejar indefenso al posible recurrente”.<sup>197</sup>

Héctor Mairal, por su parte, manifiesta:

“[...] un acto puede ser preparatorio de otro y, sin embargo, ser idóneo, por sí para causar agravio al particular: es el caso del pliego de condiciones que excluye indebidamente a una categoría de oferentes. Se tratará entonces de un verdadero acto administrativo y, por ende, impugnable. De lo contrario, el particular se enfrentará con una difícil disyuntiva: si recurre inmediatamente, su pretensión puede verse rechazada por prematura, dado el carácter “preparatorio” del acto; si aguarda el dictado del acto final la revisión puede denegarse, o limitarse, con el argumento de que el acto previo quedó consentido. En un derecho administrativo no autoritario, respetuoso de los derechos individuales, las soluciones deben ser, precisamente, las contrarias: el acto que causa perjuicio es impugnable per se, pero, si no se lo impugna, por la teoría de las operaciones complejas, cabe impugnar el acto final

---

<sup>197</sup> Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, en nota 184, p. 59.

dentro del plazo que comenzará con su notificación, alegando el vicio del acto previo".<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. I, p. 283.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **CLASES DE PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS**

La doctrina distingue los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción y de anulación según la función que deben cumplir, esto es, la tutela de derechos subjetivos o la defensa de la legalidad objetiva. Estos procesos son las vías procesales típicas a las que acude el administrado cuando se considera lesionado por un acto de la Administración Pública, y en ellos se conocerán de las pretensiones que formule administrado demandante, las cuales serán materia principal de la sentencia. Resulta claro, por tanto, que el contenido de la sentencia que se dicte en cada tipo de proceso determina singulares características en la ejecución, pues la Administración Pública que soporta una sentencia adversa deberá, según el caso, adoptar todas las medidas necesarias para la restauración del derecho violado, o bien, soportar las consecuencias de la anulación del acto que fue motivo del proceso.

Concebidos como institutos procesales distintos y teóricamente excluyentes entre sí, la doctrina tradicional, además de las distintas funciones de tutela antes aludidas, destaca diferencias entre el proceso de plena jurisdicción y de anulación en razón de su estructura técnica, del alcance *inter partes* o *erga omnes* de la sentencia y de las facultades de las que está investido el Juez. Sin embargo, todo este diseño teórico y los fundamentos sobre los que se apoya empiezan a ser discutidos por un importante sector de la doctrina que relativiza la diferenciación entre los dos tipos de procesos contencioso administrativos, concretamente, realizando una crítica sobre la configuración técnica del proceso de anulación, y especialmente, cuestionando su cometido de pura defensa de la legalidad objetiva. Dicha corriente doctrinaria afirma, en síntesis, que el proceso de anulación tiene elementos subjetivos que desdibujan el pretendido propósito de defensa de la norma jurídica objetiva, y que terminan demostrando un modo particular de tutela del administrado.

El panorama brevemente descrito justifica un estudio previo de los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción y de anulación, siempre con

referencia a las legislaciones a las que se refiere esta tesis. Por otra parte, existiendo un crítica a las funciones del proceso de anulación, es preciso realizar un análisis que permita tomar postura sobre la cuestión de si el proceso de anulación verdaderamente cumple con su propósito de la defensa de la legalidad. De este estudio previo se obtendrán un contexto teórico que servirá de base para los posteriores desarrollos que se harán sobre la temática de la sentencia y de su ejecución.

## **I. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN O SUBJETIVO**

Señalan García de Enterría y Fernández que el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo se configuró, siguiendo toda la tradición de la justicia desde el Derecho Romano, como un instrumento de defensa de los derechos subjetivos del administrado. En tal virtud, el Juez se encuentra dotado de las mismas atribuciones que cualquier otro porque está en la operación común de tutelar derechos.<sup>199</sup>

El proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción,

“[...] contempla una litis asimilable a la que se traba ante un tribunal judicial ordinario: existen partes, y ellas disponen de sus derechos en el proceso, el debate el pleno, o sea que abarca tanto el derecho aplicable como los hechos, y los efectos de las sentencia se extienden sólo a las partes. Este recurso sólo está disponible, en principio, cuando el peticionante invoca un derecho subjetivo”.<sup>200</sup>

Como destaca Vedel, a través de este tipo de proceso se pretende lograr del Juez cualquier decisión que sea útil para el amparo o protección de un derecho del administrado, no únicamente la anulación del acto administrativo lesivo, sino también diversos tipos de reparaciones. En apoyo de las pretensiones procesales

---

<sup>199</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 37.

<sup>200</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, t. I, pp. 163.

del administrado demandante se pueden invocar todos los fundamentos de derecho y las circunstancias de hecho que tengan relevancia jurídica, es decir, no sólo la legalidad, sino también todo el cúmulo de situaciones fácticas que apoyen a lo que solicita el demandante.<sup>201</sup>

Desde el punto de vista de las facultades del Juez, y como lógica consecuencia de haber partes y una discusión amplia sobre los hechos y el derecho, se enfatiza que el juzgador puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa en su lugar, condenar a la Administración al pago de indemnizaciones, y en general, desplegar toda su actividad para tutelar a cabalidad el derecho que se invoca. El nombre de proceso de “plena jurisdicción”, justamente, se ha dado en atención a que el Juez resuelve la litis con jurisdicción “plena” o normal.<sup>202</sup>

En suma, en el proceso de plena jurisdicción o subjetivo la pretensión procesal gira en torno a la *tutela de un derecho subjetivo* que el demandante alega que se ha vulnerado, desconocido o no reconocido por el acto administrativo que se impugna. En este tipo de proceso contencioso administrativo, el requisito de legitimación procesal exige la titularidad un derecho subjetivo, pues precisamente se trata de una vía que tiene por objeto su protección.

## **II. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO OBJETIVO, DE ANULACIÓN O POR EXCESO DE PODER**

El proceso contencioso administrativo, sin alejarse de su tarea originaria de protección de derechos, evolucionó hasta convertirse en un medio de control jurídico de la legalidad de la actividad administrativa, con fundamento en el “interés general” de que la Administración respete el ordenamiento jurídico y se subordine al Derecho. El llamado “recurso por incompetencia y exceso de poder”, obra del Consejo de Estado francés,

---

<sup>201</sup> Cfr. Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, trad. de la 6a. ed. francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 381-382.

<sup>202</sup> Gordillo, Agustín, *op. cit.*, en nota 51, pp. XII-4 – XII-5.

[...] nació a principios del siglo XIX, como una “simple vía de petición o denuncia”, para que el Consejo de Estado, por el sistema de justicia retenida, ejerciera un control interno sobre la administración. A fines del siglo XIX, la aplicación del Art. 9 de la ley del 24 de mayo de 1872 suple la ausencia de base legal, admitiendo un recurso ordinario al lado del de plena jurisdicción. Tal recurso por *exceso de poder* deja de ser una simple denuncia. Se convierte en un verdadero proceso por el cual se asegura el cumplimiento de la ley por la administración, controlando los vicios de incompetencia, forma, violación de la ley y la desviación de poder.

“No se trata de una *justicia subjetiva* para la tutela de derechos propios “como el tradicional proceso de plena jurisdicción en defensa del derecho subjetivo”, sino que es un “proceso al acto” en defensa de la legalidad objetiva. Tal objetividad se traduce en la limitación de sus efectos “meramente anulatorios” y en la ampliación de su alcance *erga omnes*.

“¿Alguien debe promover tal defensa de la legalidad objetiva? Allí aparece la figura del “denunciante”, primero, y del “recurrente” luego, exigiéndosele un *interés directo y formal* en el asunto. Así, el proceso se transforma en una especie de acción pública que el interesado estaría encargado de intentar en interés de todos. Tal situación subjetiva no tenía una normación específica, y de allí el nombre de “interés legítimo” e “interés simple”.<sup>203</sup>

Al interés legítimo se lo concibe, por el pretendido carácter objetivo del recurso por exceso de poder, como un mero requisito de seriedad

[...] para justificar el examen de fondo, de modo que se evite una acumulación de recursos [...], o la ocasión de simples venganzas políticas o privadas; una vez franqueado ese requisito previo, el Tribunal se olvida de él para concentrarse en el examen de fondo de la legalidad del acto, único objeto del fallo”.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 52, p. 49-50. Véase también, Vedel, Georges, *op. cit.*, en nota 201, pp. 460-462.

<sup>204</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 39.

Se dice, así mismo, que el interés legítimo, el cual constituye requisito de legitimación procesal, no desdibuja en modo alguno el carácter objetivo del recurso por exceso de poder, pues el Juez permanece orientado y como absorbido, más en la preocupación de la ilegalidad del acto reclamado y de sus consecuencias generales, que atento al interés de quien reclama.<sup>205</sup>

En suma, al proceso contencioso administrativo de tutela de legalidad, se lo concibió con un carácter objetivo, pues su fin es la tutela de la norma jurídica objetiva y porque sólo persigue la anulación total o parcial del acto administrativo que la viola. En este proceso únicamente pueden invocarse pretensiones procesales que se funden estrictamente en la ilegalidad del acto administrativo impugnado, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiese tener el demandante y de los daños que se le hubiesen ocasionado. En consecuencia, el Juez únicamente puede resolver sobre la legalidad o ilegalidad del acto, y en este último caso, limitarse a su anulación.<sup>206</sup> Por último, al concebirse dicho proceso como carente de partes, dirigido al único examen de la juridicidad del acto, y destinado a la pura defensa de la legalidad en interés de toda la sociedad, se afirma que los efectos de la sentencia tienen un efecto de orden público y que el alcance de la sentencia es *erga omnes*.<sup>207</sup>

### III. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD

Esta tesis trata sobre la problemática de la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública y favorables al particular, por lo cual, precisamente, interesa el estudio los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción y de anulación. No obstante, considero que una breve referencia al proceso contencioso administrativo de lesividad permitirá apreciar las diferencias que existen entre los diversos tipos de procesos contencioso administrativos, además

---

<sup>205</sup> Córdón Moreno, Faustino, *La Legitimación en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1979, pp. 35-36.

<sup>206</sup> Cfr. Vedel, Georges, *op. cit.*, en nota 201, pp. 462-464.

<sup>207</sup> Cfr. Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 19, p. 1104. Vedel, Georges, *op. cit.*, en nota 201, p. 463-464.

de que nos brindará un marco teórico completo sobre la institución procesal que nos ocupa.

El estudio del proceso de lesividad debe considerar, en primer término, que la Administración Pública ostenta la *facultad revocatoria*, la misma que le permite retirar del mundo jurídico a los actos administrativos, sea invocando razones de legitimidad, sea alegando razones de oportunidad. Esta facultad revocatoria, como toda facultad administrativa, sólo puede ejercerse lícitamente cuando el ordenamiento jurídico la ha previsto expresamente, y siempre dentro de la medida legal.

La facultad revocatoria tiene su principal limitación respecto de los denominados *actos administrativos estables*, que son aquellos que declaran o establecen derechos subjetivos, o en todo caso, situaciones favorables al particular. El fundamento de esta importante restricción de la facultad revocatoria se encuentra en los principios de seguridad jurídica y de buena fe.<sup>208</sup>

Sin embargo, aquella estabilidad de los actos administrativos favorables al particular no significa imposibilidad absoluta de extinción cuando se constate que se han dictado contraviniendo las disposiciones del ordenamiento jurídico. En estos casos, la Administración no puede *por sí misma* proceder a la extinción de dichos actos, sino que se le impone la obligación de acudir a los jueces, para que luego de un proceso y mediante sentencia, se proceda a la anulación del acto

---

<sup>208</sup> La seguridad jurídica funciona como presupuesto de la practicidad de los derechos; y desde el plano del ciudadano, implica un grado de certeza y confianza en que los poderes públicos se someterán al ordenamiento y respetarán los derechos adquiridos, de manera que no haya incertidumbre sobre ellos o sobre su ejercicio. Los derechos, en virtud de la seguridad jurídica, se convierten en límite efectivo de la actuación de la Administración. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, en nota 106, t. II, pp. 370 y ss.

La buena fe, por su parte, representa una de las vías más fecundas de irrupción de contenidos morales en el orden jurídico, pues traduce en las concretas relaciones jurídicas, la regla de una conducta respetuosa de los valores de lealtad, honradez y rectitud. La buena fe impone aquella conducta recta que en una concreta relación jurídica cabría esperar de una persona corriente y normal, sin que sea permisible que la defraudación de la confianza ocasione perjuicios, aun cuando no haya existido malicia. Cfr. González Pérez, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 50-53.

Una de las consecuencias e implicaciones del principio general de la buena fe, es que la Administración pública no puede ir en contra de sus propios actos, pues siempre resulta inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior de un mismo sujeto. Véase, Borda, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 53.

administrativo favorable al particular pero viciado de ilegalidad. En el proceso contencioso administrativo de lesividad, por consiguiente, encontramos a la Administración Pública como *demandante* frente al administrado, y manifestando la pretensión procesal de anulación de un acto administrativo que favorece a este último. La sentencia que se dicte en este tipo de proceso, en caso de ser total o parcialmente propicia a la Administración Pública, encontrará en la autotutela todos los privilegios necesarios para su cabal ejecución.

El proceso contencioso administrativo de lesividad se encuentra previsto, en el Derecho mexicano, en los artículos 2 párrafo último y 3 fracción II literal b) de la LFPCA. En el Derecho ecuatoriano lo encontramos en los artículos 23 literal b) y 24 literal b) de la LJCA.

#### **IV. LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE MÉXICO Y DE ECUADOR**

El esquema antes expuesto está presente de modo claro en las disposiciones de la LJCA ecuatoriana, que en el artículo 3 dispone lo siguiente:

“Art. 3.- El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

“El recurso de plena jurisdicción o subjetivo *ampara un derecho subjetivo del recurrente*, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

“El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, *tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva*, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la *nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal*” (Lo resaltado me pertenece).

El proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción es procedente también para la tutela de derechos subjetivos que reconoce una ley, pero que

resultan vulnerados por la aplicación de una norma de origen administrativo – reglamento, circular o instructivo- que viola dicha ley. A esta situación se refiere el artículo 2 de la LJCA, que dispone lo siguiente:

“Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”.

De conformidad con esta disposición, se entendería que el administrado, *sin necesidad de impugnar previamente la disposición general contraria a la ley*, puede reaccionar a través del el proceso de plena jurisdicción contra el acto administrativo, que por aplicación de dicha disposición general, viola los derechos establecidos en la ley. En la demanda, evidentemente, se deberá reflexionar sobre la ilegalidad de la disposición general y formular como pretensión procesal la tutela de un derecho subjetivo. El artículo que se comenta, por otra parte, aplica los principios de jerarquía normativa, según los cuales la ley prevalece sobre las normas jurídicas de origen administrativo.<sup>209</sup>

De igual manera, aunque no se los identifique por sus nombres, los procesos contencioso administrativos objetivo y subjetivo se encuentran previstos en el artículo 220 del CT:

---

<sup>209</sup> CPRE:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

“En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

“La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

“Art. 220.- Acciones de impugnación.- El Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones de impugnación, propuestas por los contribuyentes o interesados directos:

“1a. De las que formulen contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, *cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes*;

“2a. De las que se propongan contra los mismos actos indicados en el ordinal anterior, sea por quien tenga interés directo, sea por la entidad representativa de actividades económicas, los colegios y asociaciones de profesionales, o por instituciones del Estado, *cuando se persiga la anulación total o parcial, con efecto general, de dichos actos*; [...]” (Lo resaltado me pertenece).

En la legislación ecuatoriana, además de la caracterización clara de los procesos objetivo y subjetivo, se encuentran previstos mecanismos de ejecución de sentencias que permiten afirmar que los jueces de lo contencioso administrativo y fiscal constituyen órganos dotados de cabal jurisdicción.<sup>210</sup> Al respecto, el artículo 64 de la LJCA dispone lo siguiente:

“Art. 64.- El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones señaladas, adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo.

“Los funcionarios o empleados administrativos que retardaren, rehusaren o se negaren a dar cumplimiento a las resoluciones o sentencias del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, estarán incurso en lo preceptuado en el numeral 4o. del Art. 277 del Código Penal.

Por su parte, el artículo 278 del CT establece:

---

<sup>210</sup> Estas características de los tribunales ecuatorianos no empece la crítica severa al mecanismo de ejecución de sentencias que está previsto en la LJCA y en el CT. En su momento revelaremos las deficiencias técnicas que hacen poco práctico y realista a dicho mecanismo.

“Art. 278.- Incumplimiento de la sentencia.- El funcionario o empleado que, por interés personal, afecto o desafecto a una persona natural o jurídica, rehusare o se negare a cumplir, o impidiere el cumplimiento de las sentencias, resoluciones o disposiciones del Tribunal Distrital de lo Fiscal, será sancionado por prevaricato, con arreglo al Código Penal; más, los daños y perjuicios causados, los indemnizará la administración a que pertenezca dicho funcionario o empleado, con derecho de repetición de conformidad con lo dispuesto en el Art. 20 de la Constitución Política de la República, por la cuantía que, a solicitud del interesado, señale el mismo tribunal.”<sup>211</sup>

En Ecuador los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción y de anulación se encuentran sometidos al mismo trámite y a normas comunes, salvo en lo relacionado con los plazos de prescripción aplicables al contencioso administrativo que regula la LJCA. El artículo 65 de dicha Ley, dispone:

“Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

“En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. 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”.

---

<sup>211</sup> El citado artículo del CT se remita al artículo 20 de la Constitución ecuatoriana de 1998, que disponía:

“Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

“Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes”.

En la vigente Constitución, este precepto se reitera en el numeral 9 del artículo 11.

En la legislación de México, a diferencia de la ecuatoriana, no se distingue ni define a los procesos de plena jurisdicción y de anulación. A esto se suma el hecho de que hasta la promulgación de la LFPCA en el año de 2005, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y en su tiempo, el Tribunal Fiscal de la Federación, carecían de facultades propias y suficientes para lograr el cumplimiento cabal de sus sentencias. Tal situación imponía que el administrado que contaba con una sentencia favorable, luego de agotar ciertos procedimientos y observar la renuencia persistente de la Administración, se vea obligado a acudir al juicio de amparo para que sean los competentes órganos del Poder Judicial quienes ejecuten los fallos de aquellos tribunales.<sup>212</sup>

Esta tesis dio lugar a un interesante debate sobre el carácter y naturaleza del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (y en su tiempo, del Tribunal Fiscal de la Federación) y del proceso contencioso administrativo mexicano. Un importante sector de la doctrina se inclinó por considerar que el Tribunal era de anulación y que sólo realizaba un juicio de legitimidad, de tal modo que sus sentencias únicamente tenían valor declarativo, ya que se limitaban a declarar la nulidad del acto impugnado por violación de la ley. Era en posteriores instancias de ejecución ante los órganos del Poder Judicial en donde propiamente se podía hablar de un proceso de plena jurisdicción, pues en estas instancias existen facultades de constreñimiento y atribuciones para imponer un mandato a la Administración.<sup>213</sup>

Otro sector de la doctrina propugnaba, a pesar de las limitaciones del Tribunal, que existían también elementos de la “plena jurisdicción” junto a los propios de un proceso de anulación, es decir, que se trataba de un sistema mixto, porque el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuando dictaba una sentencia adversa a la Administración, podía fijar el sentido de la resolución que

---

<sup>212</sup> Véase, Margain Manatou, Emilio, *op. cit.*, en nota 152, pp. 7-9. Iturbe Rivas, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004, pp.196-202. Treviño Garza, Adolfo, *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 249-252.

<sup>213</sup> Véase, Margain Manatou, Emilio, *op. cit.*, en nota 152, pp. 8-9. Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, en nota 191, pp. 662-663.

ésta debía dictar para salvaguardar un derecho violado, declarar la existencia de un derecho y condenar a la restitución del mismo, además de aplicar ciertos mecanismos de apremio.<sup>214</sup>

Lo cierto es que en México, hasta la promulgación de la LFPCA, existió un órgano jurisdiccional con precarias facultades para hacer cumplir sus sentencias y sin atribuciones para imponer el cumplimiento de prestaciones a la Administración Pública. Este problema provocaba una suerte de fractura en dos momentos procesales, a saber, uno de *conocimiento y de resolución*, a cargo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (y en su momento el Tribunal Fiscal de la Federación), y otro de *ejecución de la sentencia*, a cargo de los competentes órganos del Poder Judicial, mediante el juicio de garantías. En suma, se puede observar un concreto y específico problema de *eficacia* en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, dado por las insuficientes atribuciones legales con las que este contaba para hacer cumplir sus sentencias e imponer sus decisiones a la Administración.

Aquello que denomino “problema de *eficacia*” ha sido resuelto por la LFPCA de 2005. Sin embargo, subsiste una interrogante, aun a pesar de que dicha Ley corrige las precariedades del Tribunal: ¿el proceso contencioso administrativo mexicano constituye un medio de tutela de los derechos del administrado o sólo de la legalidad objetiva? En otros términos, ¿es un proceso objetivo o subjetivo, tal como la doctrina define a cada uno? La interrogante es válida aun hoy, porque aquel problema de *eficacia* que se ha identificado no autoriza a dejar de extender el análisis del proceso contencioso administrativo mexicano hacia otras características que, según la doctrina tradicional, definen a dicho proceso como objetivo o subjetivo.

En otras palabras, la *eficacia* del Tribunal, en cuanto a sus facultades de imponer el cumplimiento de sus sentencias, es *uno* de muchos aspectos a

---

<sup>214</sup> Véase, Iturbe Rivas, Arturo, *op. cit.*, en nota 212, pp. 187-189. Treviño Garza, Adolfo, *op. cit.*, en nota 212, pp. 141-143. Cortina Gutiérrez, Alfonso, “El Control Administrativo de la Legalidad y de la Facultad Discrecional”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Ensayos para Conmemorar el XXV Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, Primer Número Extraordinario, 1969, pp. 79-82.

considerarse para definir a *todo* el proceso contencioso administrativo como objetivo o subjetivo, y muy especialmente, para determinar una función de tutela del administrado o tutela de la pura legalidad objetiva. Es preciso considerar que aun cuando el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa sólo pudiera dictar sentencias declarativas y limitarse a la anulación de un acto por violar la ley, dicha declaración contenida en el fallo perfectamente puede haberse dictado por violar una ley que reconoce derechos. También es perfectamente posible que la anulación de un acto administrativo sea suficiente para tutelar al administrado y no solo a la legalidad.

Por ejemplo, la declaración de ilegalidad de una multa impuesta a un contribuyente o de un acto de determinación de un tributo (o contribución). Bien puede decirse que el acto del contribuyente no encuadraba en los supuestos de la infracción, según la ley que la tipifica, o bien, que el contribuyente podía hacer valer en su favor deducciones o exenciones previstas por la ley tributaria, que resulta violada por no aplicarse al caso particular. Pero también es válido decir que la declaración de ilegalidad, y por tanto, de nulidad del acto viciado, no deja de significar un fallo que ampara al contribuyente, precisamente, reconociendo que su esfera jurídica no puede ser afectada por un acto arbitrario. La anulación del acto que impone la multa implica que el contribuyente no será sometido a una sanción que, por definición, afecta a un bien jurídico suyo. De igual modo, establecer la nulidad de un acto ilegítimo de determinación, que desconoce la ley que otorga exenciones o deducciones, implica reconocer el derecho a dichos beneficios tributarios.

La interrogante propuesta sobre el carácter y naturaleza del contencioso administrativo mexicano debe ser respondida, *aun en la actualidad*, y no obstante la superación del problema de *eficacia* del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Esto, porque hay otros elementos definitorios, además de aquel que está dado por la *eficacia*. Pero dicha respuesta también debe tener presente a aquella corriente que relativiza la distinción entre proceso objetivo y subjetivo, porque incluso es aplicable a aquellos regímenes jurídicos –como el ecuatoriano, y ahora el mexicano a partir de 2005- en los cuales sí existen y existían tribunales

dotados de *eficacia* para el cumplimiento de sus sentencias. El análisis propuesto se aborda inmediatamente en el siguiente apartado.

## V. APRECIACIONES CRÍTICAS SOBRE EL CARÁCTER OBJETIVO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN, OBJETIVO O POR EXCESO DE PODER

En este capítulo se hizo anteriormente una exposición sobre los distintos tipos de procesos contencioso administrativos y se indicó que un sector de la doctrina cuestiona la distinción entre proceso de plena jurisdicción y de anulación. Recordemos que la doctrina tradicional caracteriza a este último, en síntesis, por las siguientes particularidades:

a. Es un proceso cuyo propósito es la *tutela de la legalidad objetiva*, en interés de la sociedad toda, y con independencia de los intereses que pueda tener el particular que inicia el proceso. Si bien se exige al demandante invocar un “interés legítimo” o un “interés directo” en el asunto materia del proceso, este requisito de legitimación se explica únicamente como mecanismo que asegura la “seriedad procesal” y que evita que se use a la jurisdicción para fines censurables.

b. Es un proceso que *carece de partes*, un *proceso al acto*, pues se concentra en el puro análisis de la legalidad de la actuación administrativa.

c. Como consecuencia de lo anterior, la sentencia únicamente puede resolver sobre la *calidad jurídica* del acto impugnado; y en caso de que éste sea contrario a derecho, el fallo se limita a la *anulación del acto*, con un alcance *erga omnes*.

Sin embargo, un examen atento a la estructura del proceso que regulan la LFPCA y la LJCA permite plantear serias dudas sobre la presencia de los mencionados elementos definitorios, pues no han tenido reflejo en el procedimiento y mucho puede discutirse que tengan aplicación en la práctica.

En primer término, es menester destacar que los procesos de plena jurisdicción y de anulación tienen un carácter y fundamento en común, a saber, *el examen y control de la juridicidad de la actuación administrativa, cuando ha sido*

*impugnado un acto administrativo o una norma jurídica de rango inferior a la ley.* De ahí que no se pueda afirmar en términos absolutos que dichos “recursos” constituyen institutos diferentes, opuestos y excluyentes entre sí. Además, en lo que se refiere a la legislación de México y de Ecuador, los supuestos “institutos diferentes” se someten a un mismo trámite y se regulan por normas comunes.

La tutela de la norma jurídica objetiva no es elemento absolutamente definitorio del proceso de anulación, pues también cuando se pretende la tutela de un derecho subjetivo es imperioso juzgar, a la luz del Derecho, la conducta de la Administración. Es perfectamente posible que un acto administrativo, además de violar derechos subjetivos, incurra en una causal de nulidad que, ante todo, implica infracción al ordenamiento jurídico. Como afirma Daniel Márquez Gómez, refiriéndose a los conceptos de nulidad lisa y llana y nulidad para efectos:

“[...] esas nulidades se vinculan con la irregularidad de los actos que las motivan, lo que no implica que con esas irregularidades no se afecten los intereses jurídicos de los promoventes, por el contrario, es compatible la irregularidad en el acto administrativo con la violación a un derecho subjetivo”.<sup>215</sup>

Lo cierto es que la complejidad de las situaciones humanas, que son *dinámicas* y que deben ser profundamente analizadas por el Juez para dictar una sentencia justa, se resisten a ser encasilladas en *estáticos* y complicados esquemas teóricos.<sup>216</sup> La resolución de un caso en forma de juicio –por parte de

---

<sup>215</sup> Márquez Gómez, Daniel, “El Contencioso Administrativo Objetivo y Subjetivo en la Nueva Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, *Res Publica*, Año 2, No. 4, enero-abril de 2006, [www.fomujad.org/publicaciones/index.php?act=category&id=1](http://www.fomujad.org/publicaciones/index.php?act=category&id=1), pp. 193-194.

<sup>216</sup> El Derecho, indudablemente, requiere de una elaboración teórica y conceptual que permita contar con elementos que brinden un conocimiento cierto de las realidades que se regulan jurídicamente. Pero dicha elaboración teórica y conceptual siempre debe estar en sintonía con las realidades humanas que son objeto de regulación. Si bien es necesario elaborar conceptos y categorías que expliquen jurídicamente las situaciones humanas y sociales, ello no autoriza al jurista para forzar a la realidad social para que se enmarque en dichas categorías. Parece ser que muchos autores, imbuidos de falta de un auténtico realismo, piensan más en lograr una armonía lógica entre sus propias ideas, antes que buscar dicha lógica entre el pensamiento y la realidad, para así obtener la verdad. Como indica Ferrer Arellano:

los tribunales- o la defensa de una causa –por parte del abogado- requieren de un análisis complejo de la precisa situación humana que se pone a su conocimiento, acudiendo a todo el contexto de realidades y de normas que implican las relaciones jurídicas, a las cuales pueden ser aplicables disposiciones que traten solamente sobre la validez de la actuación de la Administración, conjuntamente, con normas que reconocen un derecho subjetivo.

Sea el caso de una entidad administrativa de control que, según una ley que establece ciertas clasificaciones, tiene facultades de vigilancia total, respecto de un determinado tipo de sociedades mercantiles, y de vigilancia parcial, respecto de otras. Si dicha entidad administrativa, desconociendo las clasificaciones presentes en la norma que le otorga facultades, dicta un acto administrativo de intervención con el cual pretende ejercer vigilancia total sobre una sociedad sujeta solamente a su control parcial, resultará que la autoridad, de modo arbitrario, se está inmiscuyendo en la libertad que debe tener dicha sociedad para determinar su cauce de acción, para delimitar sus procedimientos, o bien, para decidir lo que más conviene a sus intereses. Analizado en todo el contexto que implica el

---

“La certeza exige, en efecto, una positivización adecuada mediante vocablos técnicamente correctos que signifiquen *conceptos* precisos. Y reducir a ‘tipos’ claramente definidos la indefinida multiplicidad de posibles casos reales, más o menos semejantes.

“Se explica así el peculiar hábito del jurista, definidor de su ‘*forma mentis*’, que le inclina a un formalismo desvinculado de la realidad. Sin el debido control, podría llevarle a los siguientes excesos rechazables.

“1. El culto inmoderado al *verbalismo*: no debe olvidar que la abundosa floración de palabras de los textos normativos debe servir a la ‘*res justa*’. Las palabras agotan su sentido en servir de técnicas instrumentales en orden a facilitar la comprensión de las normas, y en última instancia, su justa aplicación. (Recuérdese el fetichismo por las fórmulas verbales del Derecho romano más antiguo ‘*Uti lingua nuncupasset ita ius esto*’. Equivocar una palabra en la fórmula establecida equivalía a perder la ‘*litis*’).

“2. La tendencia a un abuso de *conceptos* complicados en la elaboración de *sistemas*, tan grandiosos a veces, como apriorísticos (dogmática formalística). También ellos agotan su función en servir de *medio* para una mejor comprensión e interpretación del Derecho. Pero muchas veces, lejos de ayudarlas, las dificultan. (Por ejemplo, la dogmática de muchos pandectistas, y de las ‘*direcciones formalistas*’ en general).

“3. La tendencia a olvidar que en los tipos definidos –en los esquemas legales- no encajan con frecuencia los casos concretos; y como consecuencia, a forzar (cuando es aplicado el Derecho) las concretas situaciones de la vida, que es dinámica, en los esquemas casuísticos, que son estáticos. No se tiene en cuenta, cuando así se procede, que la decisión justa no es mera deducción racional, sino un conocimiento traspasado de voluntad, que es inmediatamente realizador de orden, flexibilizador y quizá creador”.

Ferrer Arellano, Joaquín, *Filosofía de las Relaciones Jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963, p. 315.

ejemplo propuesto, bien vale identificar, por un lado, la violación a una norma de competencia que ocasiona nulidad absoluta en los actos de intervención de la entidad administrativa de control, pero también, por otro lado, es posible advertir que la violación de aquella norma de competencia es capaz de trascender hacia la vulneración de derechos. El análisis jurídico de este caso y su justa resolución, por ende, no puede limitarse a la sola contemplación de la norma de competencia, sino que debe también observar las *consecuencias que produce* en una concreta relación jurídica, esto es, el menoscabo de los derechos subjetivos del administrado afectado. Bien puede suceder que el Juez simplemente declare en sentencia la nulidad del acto administrativo que afecta a la sociedad mercantil intervenida arbitrariamente, con lo cual la sociedad verá asegurados sus derechos al eliminarse del mundo jurídico el acto que le afecta. Ahora bien, si la sociedad mercantil, además de sufrir menoscabo por el acto administrativo arbitrario de la administración de control, demuestra que se le causaron daños y perjuicios, también podrá, junto con la anulación, solicitar una reparación.

Es válido afirmar que en México y en Ecuador aquello que se denomina “contencioso de anulación” y “contencioso de plena jurisdicción”, más que institutos “diferentes, opuestos y excluyentes entre sí”, solamente se reducen a la *alternativa legal de plantear pretensiones procesales distintas*, y a un diferente alcance de las sentencias *en función de la pretensión propuesta*.<sup>217</sup> En el caso de Ecuador, también supone *términos de prescripción distintos*. Como demostración de lo anterior, basta con estudiar detenidamente la LJCA y la LFPCA para advertir que aquello de “institutos diferentes” no ha trascendido más que al nombre de las posibles pretensiones procesales, pues en efecto, existe un mismo trámite y normas procesales comunes.

Afirmado lo anterior, es importante referirse a la estructura técnica que, en teoría, tiene el proceso contencioso administrativo de anulación para demostrar que dista mucho de hacer honor al calificativo de “objetivo”, tal y como la doctrina en un inicio lo ideó. Debe advertirse que el análisis crítico que a continuación se

---

<sup>217</sup> Cfr. Ramírez Arcila, Carlos, *op. cit.*, en nota 72, pp. 142 y ss.

presenta no objeto de ningún modo a aquel propósito de tutela de legalidad por la legalidad misma –*que a no dudarlo es positivo y debe alentarse*- sino que pretende advertir que dicho cometido tropieza con una estructura procesal y un requisito de legitimación que condiciona mucho la auténtica defensa de la legalidad. Es puramente dogmático sostener que el proceso de anulación es un “instituto” de pura defensa de la estabilidad jurídica del ordenamiento, cuando al mismo tiempo, se exige la existencia de la nebulosa figura del “interés directo” o “interés jurídico” como requisito de legitimación. De igual manera, es puramente teórico hablar de un proceso objetivo en pura defensa de la legalidad, cuando se condiciona la tutela del ordenamiento jurídico a eventualidades que dependen de la voluntad del demandante, como es el caso del desistimiento.

Un importante sector de la doctrina propone que el proceso contencioso administrativo de nulidad está llamado a tutelar una “situación subjetiva del demandante”, calificada de “interés legítimo” o “interés directo”, de manera que el proceso tendría un carácter subjetivo y no objetivo.

### **1. Sobre el propósito de tutela de la legalidad objetiva, independientemente de los intereses que pudiese tener el demandante**

El primer reparo al supuesto carácter objetivo del proceso de anulación se sustenta en la exigencia de un requisito subjetivo de legitimación procesal: el denominado “interés legítimo”, “interés directo” o “interés jurídico”.

El artículo 1 de la LJCA ecuatoriana dispone:

“Art. 1.- 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*” (Lo resaltado me pertenece).

Por su parte, el artículo 3 inciso tercero de la LJCA, al describir al proceso de anulación, objetivo o por exceso de poder, establece que “puede proponerse por

quien tenga interés directo para deducir la acción”. Por último, el artículo 23 de dicha Ley dispone que para demandar la declaración de no ser conforme a derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración, entre otros sujetos, pueden comparecer quien tenga interés directo o el titular de un derecho subjetivo.

De igual manera, la LFPCA mexicana exige que el demandante tenga un “interés jurídico” que motive el proceso, pues de no haberlo debe declararse la improcedencia. (artículo 8 fracción I). Esta norma tiene relación con el artículo 1, en cuanto supone que sólo pueden impugnarse las decisiones de la Administración Pública que no satisfagan el interés jurídico del recurrente, o bien, que no atiendan a sus requerimientos. La presencia de dicho interés también explica la posibilidad de que se decreten medidas cautelares que “impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor” (artículo 24).

Las normas citadas ponen en evidencia un dato fundamental: en México y en Ecuador el proceso contencioso administrativo no está abierto a todo el mundo; no está configurado como una especie de “acción pública” que el interesado estaría encargado de intentar en “interés de la colectividad”. Aquel requisito de legitimación procesal, que se fundamenta en la existencia de un “interés directo” o de un “interés jurídico”, significa que el proceso está limitado a quienes justifiquen la violación de una personal situación jurídica subjetiva que ocasiona un acto de la Administración.<sup>218</sup> Esto desdibuja aquel carácter objetivo, de pura tutela de la legalidad en interés de la sociedad toda, que se predica del proceso de anulación.

---

<sup>218</sup> Según Vescovi, la capacidad procesal dice de quiénes pueden actuar en cualquier proceso por sí mismos, por tener la aptitud psicofísica requerida por la ley.

“Sin embargo, esto no basta para poder ejercer válidamente los derechos o deducir determinadas pretensiones, sino que es necesaria una condición más precisa y específica referida al litigio de que se trata.

“La legitimación procesal, entonces, es la consideración legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales en el proceso.

“Ticio es un sujeto plenamente capaz (capacidad procesal) pero, para demandar el desalojo, debe demostrar o que es arrendador, o subarrendador, o titular de un derecho real de goce, por ejemplo. Para reivindicar debe ser propietario, y así sucesivamente. Esa es la legitimación (activa).

Es más realista sostener que el demandante comparece al proceso de anulación porque siente un perjuicio que un acto de la Administración le ocasiona y porque se atenta contra un bien jurídico que se considera digno de tutela. A su vez, los requisitos de legitimación procesal previstos en las leyes mexicana y ecuatoriana exigen que exista tal bien o “interés” para que sea procedente el proceso. Es meramente convencional, puramente teórico, pretender que el juzgador se limite al puro examen de la legalidad de un acto sin referirse al perjuicio que causa en el administrado demandante. De igual manera, resultaría absolutamente dogmático afirmar que el interés del demandante se acaba con la sola instauración del proceso, la admisión de la demanda a trámite, o con la posibilidad de que se llegue al fondo del asunto. Como dicen García de Enterría y Fernández: “El recurrente siente no sólo la inadmisibilidad, sino también, y quizá especialmente, la desestimación de su recurso como una negación sustantiva de sus derechos”.<sup>219</sup> En el mismo sentido, Faustino Cordón Moreno observa que existe gran afinidad entre el proceso destinado a la defensa de derechos subjetivos y el de anulación, pues “[...] fundamentalmente [...] en uno y otro, el demandante no litiga por amor al derecho, sino para defender intereses que considera dignos de tutela”.<sup>220</sup> Por su parte, Alejandro Nieto, refiriéndose al tema de la legitimación, manifiesta:

“[...] ¿qué sentido tiene el requisito en cuestión? La respuesta oficial –mil veces repetida– afirma que el de evitar un exceso de recursos, que abrumarían a los tribunales. Pero tal explicación no resulta convincente, ya que, legitimado o no, nadie pleitea por el simple gusto de gastar un tiempo y dinero en abogados y

---

“A su vez, para ser demandado deberá ser arrendatario, subarrendatario, etc., o poseedor (legitimación pasiva).

“La legitimación, entonces, puede definirse como la posición de un sujeto respecto al objeto litigiosos que le permite obtener una providencia eficaz.

“Es un concepto procesal, pero referido a la pretensión y al objeto del proceso, esto es, al derecho sustancial reclamado [...]”.

Véscovi, Enrique, *op. cit.*, en nota 79, p. 168.

<sup>219</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, t. II, p. 44.

<sup>220</sup> Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, en nota 205, p. 34.

procuradores. Quien recurre, con todos los inconveniente que ello apareja, es porque tiene un auténtico interés real”.<sup>221</sup>

Una explicación convincente del requisito de legitimación en el proceso de anulación no puede ser otra que aquella que evidencia que este proceso, a la postre, tutela al administrado, precisamente, cuando ha recibido un menoscabo en un bien jurídico digno de tutela. El “interés directo” o “interés jurídico” que se exige para promover el proceso no es un mero requisito de “seriedad” que evitaría la acumulación indebida de demandas, o la distorsión del objetivo del proceso para que sirva a propósitos vejatorios o partidistas. Dicho interés se fundamenta en el *daño* que causa al administrado el ilegal obrar de la Administración, y tal daño se elimina mediante la anulación del acto que lo causa. Aquí se conectan, pues, solamente de este modo, interés subjetivo y legalidad objetiva.<sup>222</sup> Vale afirmar, por ende, que si algún sentido tiene el requisito de legitimación en el proceso de anulación es porque en él se tutela de alguna manera la situación jurídica sustancial de los particulares, y porque aquella situación individual dada por la noción de “interés directo o jurídico” adquiere verdadera relevancia en cuanto que es el instrumento necesario para que el órgano jurisdiccional proceda, a través de su tutela, a la correlativa protección de la legalidad administrativa objetiva.<sup>223</sup>

La exigencia de legitimación procesal en el proceso de anulación permite aseverar, como ya se anticipó, que el juzgador no se detendrá en el puro análisis de la legalidad externa del acto impugnado en la demanda, como si su labor de juzgamiento se limitara a la pura confrontación del acto frente a la norma, sino que exige también que se analice la manera cómo dicho acto atenta contra un bien jurídico del demandante, que viene a explicar la noción de “interés directo o jurídico” en el litigio. Esta explicación es coherente con lo que disponen los artículo 1 y 3 de la LJCA ecuatoriana y 8 fracción I de la LFPCA mexicana: si no existe un

---

<sup>221</sup> Nieto, Alejandro, “La Discutible Supervivencia del Interés Directo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 12, enero-marzo de 1977, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

<sup>222</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 45, t. II.

<sup>223</sup> Córdón Moreno, Faustino, *op. cit.*, en nota 205, pp. 32 y 60.

perjuicio para el administrado, que viene a constituir su interés en el litigio, simplemente el proceso es improcedente.

Como observa Faustino Cordon Moreno, “Las situaciones jurídicas individuales adquieren verdadera relevancia en cuanto que son el instrumento necesario para que el órgano jurisdiccional proceda, a través de su tutela, a la correlativa protección de la legalidad administrativa objetiva”. Más adelante, el mismo autor advierte que el “interés” de ciertas personas ante un acto administrativo ilícito “[...] viene configurado por el perjuicio directo que les causa el acto de la Administración, contrario a Derecho y constituye elemento definidor de la relación jurídica cuyo otro polo es el poder imperativo de la Administración”.

“Es precisamente esta relación jurídica de naturaleza administrativa –que desde el punto de vista del demandante se traduce en términos de pretensión- la que constituye el objeto del proceso contencioso-administrativo. Efectivamente, pensamos que el hecho de que en el juicio se examinen los vicios de anulabilidad del acto y que el fundamento de la procedencia de la acción contencioso-administrativa sea siempre el mismo, a saber, que el acto no sea conforme a Derecho, no puede llevarnos a pensar que función de los Tribunales sea exclusivamente el examen de la legalidad extrínseca del acto o disposición impugnados, ya que aquéllos conocen no solamente del acto-presupuesto, sino también de los hechos fundadores de la pretensión; no sólo la legalidad extrínseca, sino también la intrínseca”.<sup>224</sup>

Estas reflexiones explican el requerimiento de los artículos 1 de la LJCA y 8 fracción I de la LFPCA, en cuanto se emplea la fórmula “y vulneren un derecho o interés directo del demandante”, o bien, que el proceso se declarará improcedente si no existe vulnerado un interés jurídico del demandante.

“No puede prescindirse, por tanto, de la relevancia del interés sustancial que ha resultado lesionado. Como dice un autor, el vicio del acto es sólo un elemento de la

---

<sup>224</sup> Cordon Moreno, Faustino, *op. cit.*, en nota 205, pp. 60 y 63.

causa que no tiene relevancia alguna en el campo del proceso [...] si no es acompañado de la lesión de una situación sustancial individual, porque sólo merced a tal concurso es causa eficiente de la acción procesal administrativa.

“En definitiva, se podría decir que cuando se discute acerca de la legitimidad de una resolución o disposición administrativa en relación al derecho o interés deducido, el objeto del juicio viene a ser precisamente tal legitimidad en orden a la tutela de la situación jurídica subjetiva que se pretende lesionada”.<sup>225</sup>

Estas apreciaciones también permiten afirmar que el proceso de plena jurisdicción y de anulación tienden a confundirse, a partir de el elemento común del requisito de legitimación procesal que está dado por la necesidad de que el demandante invoque un derecho o interés lesionados.<sup>226</sup> Por ello, insistimos en que la única diferencia entre “plena jurisdicción” y “anulación” consiste en la posibilidad de plantear distintas pretensiones procesales, bien solicitando al Juez la reparación de un derecho, bien la sola anulación del acto impugnado, con la consiguiente repercusión en la sentencia y en el alcance de sus efectos, *inter partes* o *erga omnes*.<sup>227</sup>

## **2. Sobre el carácter no contradictorio del proceso de anulación**

Lo dicho anteriormente también permite cuestionar la afirmación de que el proceso de anulación carece de partes porque se trata de un “proceso al acto”. Resulta difícil de concebir un proceso de estas características cuando se tiene a un administrado que formula una pretensión de anulación con ocasión de un acto de la Administración que le causa un perjuicio. Forzosamente, habrá un debate procesal respecto de los hechos y del derecho, el cual será considerado al momento de dictar una sentencia.

---

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>226</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 52, p. 51.

<sup>227</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.* en nota 87, p. 158.

La caracterización teórica que formula la doctrina tradicional no ha tenido su reflejo en el procedimiento y mucho puede cuestionarse su aplicación práctica. En Ecuador y México las pretensiones de anulación y de tutela de derechos tienen un mismo trámite y hubiera sido apropiado que la pura defensa de la legalidad tenga un procedimiento especial y una configuración procesal acorde con la finalidad que se busca. El ente público autor del acto es sujeto contra el cual se dirige una pretensión y parte en una controversia de índole jurídico, que se discute y resuelve a través del proceso con intervención de la Jurisdicción. De no ser así, no se explicarían diversas normas jurídicas que imponen cargas procesales a la Administración o que le permiten ejercer su defensa.

Las legislaciones ecuatoriana y mexicana exigen a la Administración contestar la demanda y exponer los fundamentos de hecho y de derecho de sus excepciones. En suma, la Administración, frente al derecho de acción del administrado, ostenta el derecho de contradicción y de defensa (artículos 34 y 35 de la LJCA, 244 del CT, y 19 y 20 fracciones II y III de la LFPCA). ¿Cómo explicar este requisito si no se habla de una auténtica controversia entre partes y de un verdadero carácter contradictorio del proceso? A través de la contestación a la demanda, la Administración puede ejercer su derecho de defensa frente a una pretensión que contra ella se dirige, con ocasión de un acto que ha producido. No se trata, entonces, de un puro control de la legalidad del acto, sino de una controversia jurídica, de una contraposición de “intereses”, cuya referencia es dicho acto.

Las legislaciones mexicana y ecuatoriana existen varias disposiciones que no tendrían explicación si el proceso no tuviese partes, es decir, si no fuese contradictorio. En Ecuador y México, además de establecerse que el demandante y la Administración son partes en el proceso, existen disposiciones que aseguran la debida contradicción frente a las pretensiones del actor, pues la Administración será citada al proceso y debe contestar la demanda (artículos 3 y 19 de la LFPCA y 24 de la LJCA). En Ecuador, la falta de contestación a la demanda, ocasiona que se declare en rebeldía a la Administración, que no se cuente más con ella, y que se entienda la negativa pura y simple de lo alegado en la demanda, o la

ratificación de los motivos que fundamentan el acto impugnado (artículos 37 de la LJCA y 246 del CT). En México, la falta de contestación a la demanda o la contestación parcial dan lugar a una presunción de veracidad de lo alegado en la demanda, pues de conformidad con el artículo 19 de la LFPCA en dichos eventos se tendrán “como ciertos los (hechos) que el actor impute de manera precisa al demandado, salvo que por las pruebas rendidas o por hechos notorios resulten desvirtuados” (Lo que va entre paréntesis es mío). La misma norma de la LFPCA también demuestra que el legislador mexicano aseguró la debida contradicción en el proceso contencioso administrativo, pues se dispone lo siguiente:

“Cuando alguna autoridad que deba ser parte en el juicio no fuese señalada por el actor como demandada, de oficio se le correrá traslado de la demanda para que la conteste en el plazo a que se refiere el párrafo anterior”.

Por otra parte, el derecho de defensa que tiene la Administración demandada se demuestra en diversas facultades que, a su vez, denotan su carácter de parte y el carácter contradictorio del proceso: hacerse representar, ofrecer prueba, presentar alegatos en derecho, interponer el recurso de casación (en Ecuador) o de revisión (en México), etcétera. Además, debe considerarse que el proceso puede terminar de modo anormal por la facultad de desistimiento que tiene el actor (artículos 50 de la LJCA, 265 del CT, y 9 fracción I de la LFPCA) o bien por la facultad de allanarse a la demanda que tiene la Administración (artículos 54 de la LJCA y 22 de la LFPCA). En Ecuador, la terminación anormal del proceso también se produce por la inactividad del actor, a través de la figura del abandono (artículo 57 de la LJCA).

Las disposiciones citadas no son compatibles con el supuesto carácter objetivo del proceso de anulación, ni con su aparente propósito de la pura tutela de la legalidad. Tampoco podrían explicarse si el proceso no tuviese partes que disponen de sus derechos en el proceso, o si este simplemente cubriera “un juicio al acto impugnado”. Lo cierto es que el proceso se supedita al interés procesal del

actor, facultado a abandonar o a desistir, e incluso a la conveniencia de la Administración, que puede allanarse.

Considero que un verdadero proceso objetivo, destinado a la defensa de la legalidad, no puede quedar a merced del querer o desidia de un actor facultado a desistir o a abandonar, pues dicha defensa es algo que atañe al bien común, sobre el cual en muchos casos no piensa el particular. Muy por el contrario, éste se defiende del perjuicio que le ocasiona un acto administrativo reputado como ilegal y busca la tutela de sus derechos, de tal modo que al perder por cualquier motivo el incentivo para continuar con la causa, puede declarar su desistimiento. Siendo así, resulta meramente axiomático decir que se defiende la legalidad por sí misma pues, en la práctica, no se lo hace por efecto de la misma regulación que se contiene en las leyes procesales de la materia.

Es menester considerar también que en las legislaciones de México y de Ecuador las pretensiones y excepciones se resuelven en sentencia, la misma que decide *exclusivamente* respecto de los puntos sobre los cuales se trabó la litis, con referencia precisa al acto expresamente impugnado (artículos 42 y 60 de la LJCA, 273 del CT y artículos 22, 20 y 50 párrafo final de la LFPCA). Esto demuestra un fuerte elemento del *principio dispositivo*,<sup>228</sup> el cual también explica la carga que exclusivamente tiene el actor de precisar el acto impugnado y su pretensión procesal con el contenido que quiera, pues respecto de ella se resuelve el proceso

---

<sup>228</sup> En virtud del principio dispositivo, “[...] el proceso se construye asignando (o reconociendo) a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender de la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que se pretende y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica.

“Son consecuencias de este principio que el proceso no comience por iniciativa del tribunal, sino sólo por la de quien pretenda una tutela jurídica concreta (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*).

“Esta primera consecuencia del principio dispositivo es resultado natural de dos factores: la total instrumentalidad del proceso respecto de derechos e intereses predominantemente privados o individuales, por un lado y, por otro, el libre poder de disposición del sujeto jurídico sobre lo que puede ser materia de aquél.

“El poder de disposición es el que permite, una vez iniciado un proceso, renunciar a obtener lo que se ha pedido (salvo casos excepcionales), allanarse a lo solicitado por el demandante o desistirse del curso del proceso”.

Sánchez Rivera, Pedro, “Principios del Proceso”, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, 2001, p. 1165.

(artículo 30 literales d) y f) de la LJCA y artículos 14 fracciones II, IV, V y VI de la LFPCA). No se trata entonces de un “proceso al acto” en interés de la legalidad, independientemente de los derechos del actor. Como observa Cordón Moreno:

“La resolución del tribunal no tanto tiene en cuenta el acto o disposición administrativa anulable cuanto la pretensión del particular. Esta se puede referir al incumplimiento por parte de la Administración de una obligación específica respecto al particular (pretensión tendente al restablecimiento de una situación jurídica individualizada) o de un deber general cuyo incumplimiento produce una lesión (pretensión de anulación) y ambas se fundan en situaciones jurídico-sustantivas [...]

“El acto o disposición administrativos son sólo el punto de referencia de los efectos de la resolución jurisdiccional, además de constituir un presupuesto procesal necesario para que el Tribunal pueda entrar en el examen de fondo, pero nunca el objeto sobre el que versa la resolución”.<sup>229</sup>

### **3. Existencia de un debate pleno sobre los hechos y el derecho**

La doctrina tradicional sostiene que en el proceso de plena jurisdicción existe un debate pleno sobre los hechos y el derecho. No obstante, ese elemento también puede observarse en el proceso de anulación.

Las legislaciones mexicana y ecuatoriana disponen que el actor debe indicar en la demanda, además de la resolución que impugna, los hechos que motivan su libelo, los conceptos de impugnación y las pruebas que ofrezca (artículo 14 fracciones II, IV, V y VI de la LFPCA; artículos 30 literales d), f) y g) y 31 de la LJCA). La autoridad demandada, por su parte, debe referirse en su contestación a los hechos planteados por el demandante, afirmándolos o negándolos; a los conceptos de impugnación, argumentando su ineficacia; y, de igual forma, al derecho que el particular invoca en su favor, alegando su extinción o inexistencia (artículos 19 y 20 fracciones II, III, IV y V de la LFPCA; artículos 35 y 36 de la LJCA). Este debate, necesariamente, implica la exigencia de actuar prueba de las

---

<sup>229</sup> Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, en nota 205, p. 71.

afirmaciones que expresen las partes, prueba que favorezca a la aceptación de la pretensión procesal o a su rechazo (artículos 40 y siguientes de la LFPCA; artículos 36 y 39 de la LJCA).

El proceso, en suma, comporta un *contradictorio* entre partes procesales, una contienda legal sometida a la decisión del Tribunal. La sentencia que este órgano dicte debe analizar las afirmaciones de las partes y las pruebas aportadas. Según el artículo 50 de la LFPCA, la sentencia debe resolver sobre la pretensión del actor, en relación con el acto impugnado, y no sólo puede declarar la nulidad de este, sino también reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar a la autoridad a una obligación correlativa, como establecen los artículos 50 párrafo final y 52 fracción V literales a) y b) de la LFPCA. En la LJCA ecuatoriana, de conformidad con el artículo 40, en sentencia se resuelve sobre las excepciones dilatorias y perentorias, y de igual modo, al momento de dictar sentencia se examinan conjuntamente los vicios de nulidad y la cuestión o cuestiones controvertidas, como se dispone en el artículo 60.

#### **4. Sobre el alcance erga omnes de la sentencia en el proceso de anulación**

Es necesario advertir que el carácter *erga omnes* de una sentencia no depende necesariamente de una estructura procesal perfectamente definida. Dicho alcance, con mucho mayor fundamento, depende del *vicio* del acto administrativo impugnado en la demanda, y por consiguiente, perfectamente puede haber una sentencia con alcance *erga omnes* en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. En efecto, según la doctrina de las nulidades que formula el Derecho Administrativo, el acto que adolece de un vicio que lo hace absolutamente nulo debe ser *necesariamente* eliminado del mundo jurídico, *incluso de oficio*. Entre otras consecuencias, la declaratoria de nulidad absoluta

confirma la ineficacia *erga omnes* del acto, pues la gravedad del vicio trasciende a la esfera individual y alcanza a lo colectivo.<sup>230</sup>

De esta manera, si en un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción se impugna un acto administrativo absolutamente nulo y se pretende el restablecimiento del derecho vulnerado, necesariamente la declaración de nulidad del acto hecha en la sentencia tendrá *efecto erga omnes*. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el administrado impugna un acto carente de fundamento y motivación o dictado por autoridad manifiestamente incompetente, que le afecta a su derecho de propiedad. La nulidad de este acto administrativo beneficiará al administrado con la reparación de su derecho, pero también trasciende a la esfera jurídica de cualquier persona, que amparándose en el acto nulo quisiera hacer valer algún beneficio en su favor respecto del bien sobre el cual el administrado reclama la propiedad.

Expuesto este análisis crítico de las supuestas características distintivas del proceso objetivo o de anulación, debo aclarar que las objeciones planteadas no alcanzan al sano propósito de tutelar la legalidad por el puro interés en la legalidad, sino a la errónea concepción objetiva del proceso de anulación. La aclaración es válida, por cuanto el mentado fin es muy loable y requiere ser garantizado su cumplimiento en debida forma. Lastimosamente, el proceso contencioso administrativo muestra un grave defecto que lo impide: *su estructuración con marcado carácter individualista*.

Es reprochable, en efecto, que la tutela de la legalidad tenga que coincidir con la que se presta al administrado que, real o presuntivamente, recibe un perjuicio en razón de la ilegalidad del comportamiento de los entes públicos. El administrado no necesariamente piensa en el bien común, y, reiterando lo dicho, no es congruente que algo que interesa a aquel bien y al interés general quede en

---

<sup>230</sup> Al respecto, entre otras obras, véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, pp. 624-625. García-Trevijano Fos, José Antonio, *op. cit.*, en nota 60, p. 411; Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, en nota 55, pp. 164 y 184-185; Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 53, p. 922; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo: el Acto Administrativo*, 1a. ed. Colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, p. XI-37.

manos de un particular que, sin duda alguna y en la gran mayoría de casos, le importará más la defensa de sí mismo y no de aquello que constituye fin de la sociedad política y el bien del que todos estamos llamados a participar.

Ernst Forsthoff ha podido decir que

“[...] cuando el acto administrativo interviene en la esfera jurídica del individuo, el ordenamiento jurídico utiliza un medio especial para poner en marcha el control de la Administración. Pone en juego el natural egoísmo del particular, confiando en que el afectado efectivamente utilizará los instrumentos que tiene para combatir el acto administrativo defectuoso”.<sup>231</sup>

Sin embargo, estamos en una época en que las necesidades sociales son cada vez más numerosas y apremiantes, y en la cual la Administración va ampliando sus cometidos e interviene cada vez más en la vida social. Por ello, es necesario que se implementen medios “más generosos” de control de la legalidad. El nuevo paradigma del proceso contencioso administrativo debe ser el lograr una recta y buena Administración, junto a la protección jurídica del particular.

Esto se logrará si se empiezan a abandonar las estructuras procesales que se basan en el principio dispositivo, al igual que en el proceso civil. Hay que tener en cuenta, que el proceso administrativo tiene materia *esencialmente pública y que según ella debe diseñarse*. Consideramos que un proceso de tutela de la legalidad por el interés general, debería implicar, al menos, un tribunal dotado de facultades de impulsión de oficio e inquisitivas; la ampliación de las barreras procesales de legitimación hacia entes colectivos; la configuración de acciones populares; y, la permisión de que una institución pública de control, por iniciativa propia o por denuncia de los ciudadanos, pueda demandar la nulidad del acto y la reparación de los perjuicios que haya causado a la colectividad, sin que pueda admitirse figuras como el desistimiento, el abandono o la prescripción. Así habría

---

<sup>231</sup> Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Fernando Garrido Falla y Gómez Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 676.

más congruencia con el carácter eminentemente público de la materia del proceso y se garantizaría mejor una recta y buena Administración, en interés de todos.

La apertura hacia el planteamiento de nuevas soluciones sobre esta temática sólo se logrará si se deja de creer en el mito de que el proceso objetivo, tal y como está estructurado, defiende la legalidad. Tal aserto será objeto de creencia para muchos, pero en la práctica, una opinión. La verdad no es otra que la defensa se circunscribe preferentemente a lo individual, y no es suficiente para la tutela de la legalidad. Esta situación la ha observado Fernando Garrido Falla:

“Si tenemos en cuenta que el Derecho administrativo ha surgido signado, dada la época de su nacimiento, por las doctrinas políticas individualistas, no resulta aventurada la conclusión de que las instituciones todas de la justicia administrativa, tal como han sido plasmadas al menos en nuestro ordenamiento, responden a este resabío; es decir, encuentran su último fundamento en cuanto sirven a la defensa de situaciones jurídicas individuales que pueden haber sido desconocidas por la actuación administrativa. Con otras palabras: estaríamos admitiendo el carácter subjetivo de los diversos tipos de contencioso-administrativo que nuestra legislación conoce”.<sup>232</sup>

Como indica Cordón Moreno:

“Efectivamente, no cabe duda de que, para la concepción política liberal, la subordinación de la tutela del interés público a la protección de los intereses individuales representa no sólo el corolario de la exaltación de valores individuales, sino que constituye el sistema más obvio de la tutela del interés común, puesto que para el dogma liberal la satisfacción del interés individual es, al mismo tiempo, satisfacción del interés público”.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> Garrido Falla, Fernando, “El Interés para Recurrir en Agravios”, *Revista de Administración Pública*, No. 9, septiembre-diciembre de 1952, p. 157, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952\\_009\\_157.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952_009_157.PDF).

<sup>233</sup> Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, en nota 205, p. 60-61.

Coincido con Jean Dabin, quien sin desconocer ciertos méritos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no obstante la reprocha por olvidarse de los derechos de la comunidad. Expresa Dabin:

“Quizá habría sido menos oportuno el afirmar éstos, ya que el movimiento tendía a reaccionar contra su exageración. Con todo, una síntesis completa hubiera exigido que se diera un puesto a los derechos de la comunidad. No que ésta haya sido olvidada: en varios lugares del texto, se habla de la utilidad común, de la sociedad, del orden público y de la ley, cuyos derechos son expresamente reservados. Pero en ellos no se hace hincapié: aparecen sólo como límites negativos, desprovistos de todo carácter orgánico. La declaración asigna como meta de la asociación política ‘la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre’ (art. 2), y define así la libertad: ‘el poder hacer todo lo que no dañe a otro’ (art. 4)”.

Y con razón, el jurista belga objeta:

“He aquí una concepción sobrado individualista de la vida en Estado. El fin del agrupamiento político no se ciñe a la garantía de los derechos del hombre, es decir, a la conservación de lo que ya tiene por naturaleza, sino que es realizar el bien de todos, considerados en cierto modo como una unidad fraternal y, por este bien de todos, procurar a cada individuo un perfeccionamiento que no arranca de su sola naturaleza individual. Por lo demás, es inútil decir que tal perfeccionamiento no puede adquirirse mediante la pérdida de los previos derechos naturales del individuo, y que éstos deben ser amparados por el Estado y, eventualmente, protegidos contra todo ataque. El individuo, pues, no es la única realidad; la naturaleza -del propio individuo- ha engendrado a la sociedad política que, entonces, constituye otra realidad. Frente al derecho natural de los individuos se yergue el derecho natural -distinto y autónomo y, en ciertos aspectos, superior- de la institución, que está finalmente al servicio de los individuos, porque les acarrea, en total, más provechos que sacrificios les exige”.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 29, pp. 367-368.

El nuevo paradigma del proceso contencioso administrativo debe ser una auténtica defensa, tanto de la legalidad toda, como la de los derechos individuales. Esto supone, incluso, la eliminación de las barreras de legitimación en el proceso contencioso administrativo.

“Por descontado que, suprimidas las trabas legitimadoras, pueden florecer los extorsionistas; pero tal posibilidad no puede ser esgrimida seriamente como obstáculo a la acción popular, ya que existen remedios adecuados y eficaces para limitar tales abusos: desde la prosecución del proceso, al margen de un eventual desistimiento, hasta una peculiar condena en costas. Aunque la razón fundamental es otra, resulta grotesco prohibir una actividad lícita bajo el pretexto de que puede desviarse hacia fines ilícitos; por ello, a nadie se le ha ocurrido suprimir de las farmacias la morfina, aun contando con el riesgo de los drogadictos, ni suprimir el papel moneda por el riesgo de los falsificadores.

“Además, tampoco es cierto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales, antes al contrario: con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien en gran parte de los casos resolverse el fondo del asunto; y también es sabido que, dado lo rutinario de su invocación y la necesidad de su respuesta, casi todas las sentencias van precedidas de algún considerando dedicado a la legitimación, que sería perfectamente superfluo de no existir tal causa de inadmisibilidad”.<sup>235</sup>

Por último, cabe destacarse la trascendental necesidad que tiene la tutela de los derechos colectivos y de todos aquellos bienes y valores que deben garantizarse a las personas dentro de la sociedad política.

“Se ha dicho que uno de los signos de nuestro tiempo es la socialización, si por tal se entiende la multiplicación de las relaciones humanas, el creciente aumento, sobre todo en sociedades en avanzado estado de progreso técnico y económico, de la interacción entre grupos sociales, la dependencia más acusada de las personas entre sí y de éstas con variados grupos de diferente carácter que contribuyen a la

---

<sup>235</sup> Nieto, Alejandro, *op. cit.*, en nota 221.

creación de un tejido social cada vez más tupido. Al socaire de este proceso histórico nacen y se desarrollan ondas de nuevos intereses en los que aparecen implicados sectores comunitarios sucesivamente más amplios. Estos intereses emergentes, de naturaleza colectiva, pues pertenecen a todos y cada uno, son los llamados también intereses difusos, lo que parece argüir una peculiar inaprensibilidad para su posible tutela jurídica. Y, sin embargo, una sociedad que no encuentre los mecanismos jurídicos que permitan la defensa de estos intereses parece que labora, según dictamen de los expertos, su propia destrucción”.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> Almagro, Conferencia pronunciada en la apertura del curso 1976-77 de la UNED, p. 29; citado por Faustino Cordón Moreno, *op. cit.*, en nota 205, p. 64-65.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Como se advirtió en el capítulo anterior, las vías típicas a las que acude el administrado cuando se considera lesionado por un acto de la Administración Pública son los denominados procesos contencioso administrativos de anulación y de plena jurisdicción. El contenido de la sentencia que se dicte en cada tipo de proceso determina singulares características de la ejecución, pues la autoridad administrativa que soporta una sentencia adversa deberá, según el caso, adoptar todas las medidas necesarias para la restauración del derecho violado, o bien, asumir las consecuencias de la anulación del acto que motivó el proceso.

Sin embargo, en el capítulo anterior también se destacó que dichos procesos no pueden considerarse como institutos diferentes y excluyentes entre sí. La única diferencia entre plena jurisdicción y anulación está dada por la *alternativa legal de formular pretensiones procesales distintas*, bien solicitando la sola anulación de un acto de la Administración, o bien reclamando, además de la anulación, el restablecimiento de un derecho subjetivo. Este contenido de la pretensión procesal determina un *diferente alcance de la sentencia*.

En este cuarto capítulo, con la base teórica apuntada, se precisarán algunos conceptos básicos sobre los actos decisorios del Juez y se determinarán las particularidades que tiene la sentencia en el proceso contencioso administrativo. Posteriormente, se tratará sobre el tema de los efectos de la sentencia, en función de las distintas pretensiones que pueden formularse en el mencionado proceso.

El objetivo de este capítulo es precisar conceptos, determinar particularidades y efectos de la sentencia en el proceso contencioso administrativo para con ello obtener un marco teórico que sirva de antecedente para el posterior desarrollo de la temática de la ejecución.

#### **I. DEFINICIONES**

Según Hernando Devis Echandía, la sentencia es el “[...] acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado”.<sup>237</sup>

Los derechos de acción y de contradicción se ejercen *frente a los órganos jurisdiccionales del Estado*, y generan en ellos la *correlativa e ineludible obligación*, nacida de la Constitución, de *administrar justicia*, esto es, de *resolver mediante sentencia* sobre la controversia jurídica sometida al conocimiento de los jueces.<sup>238</sup>

La sentencia pertenece a la categoría de los *actos decisorios* del Juez, pero se caracteriza por contener una *decisión definitiva, de fondo*, con la cual termina de un *modo normal* el proceso.<sup>239</sup> En efecto, en la sentencia se analiza y resuelve conforme a derecho sobre el *efecto jurídico*, que respecto del demandado, el actor busca lograr a través del proceso. De igual manera, en la sentencia se examina y decide conforme a derecho sobre las oposiciones que el demandado propone para

---

<sup>237</sup> Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, en nota 79, pp. 420-421.

<sup>238</sup> Como explica Ramírez Arcila (*op. cit.*, en nota 72, p. 3), “[...] con la acción se excita la jurisdicción y se entabla el proceso y este se inicia con la presentación de la demanda, la cual contiene a la pretensión como su elemento principal [...]”.

La acción es el derecho que tiene toda persona para obtener *la aplicación de la jurisdicción a un caso concreto mediante una sentencia y a través de un proceso*. Este derecho se ejerce *frente a los jueces* y configura en ellos la *correlativa obligación de resolver* sobre las pretensiones que el actor formula en su demanda. Por su parte, el derecho de contradicción, que pertenece a toda persona por el solo hecho de ser demandada, se identifica con los principios constitucionales derivados del derecho de defensa. El derecho de contradicción también se ejerce frente a los jueces y da lugar a las *correlativas obligaciones* de obtener una sentencia justa y legal y de ser oído en el proceso. *Cfr.* Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, en nota 79, pp. 186-189 y 205-209.

Tanto el derecho de acción como el de contradicción son *abstractos*, es decir, son independientes del derecho material que alegue el actor o el demandado, respectivamente, y su existencia no está condicionada por la sentencia, favorable o no, que puedan obtener. Estos derechos, como ya se indicó, se ejercen frente al juez y dan lugar a la *correlativa obligación de dictar una sentencia justa*, sin que importe si esta es propicia a los intereses del actor o del demandado. Esto último, porque los derechos de acción y de contradicción no están condicionados a la justificación de los argumentos o razones que invoquen el actor o el demandado.

<sup>239</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 87, p. 322. Tanto en el Derecho mexicano como en el ecuatoriano, se establece que los actos decisorios del juez son las sentencias y los autos. Estos últimos, resuelven sobre cuestiones incidentales o accesorias, pero no se refieren al fondo de la controversia jurídica sobre la cual versa el proceso, es decir, no deciden sobre la pretensión procesal y las excepciones. Véanse, artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México y artículos 269 y 270 del CPC de Ecuador.

desvirtuar los méritos que el actor invoca para pretender el efecto jurídico que quiere lograr.

Aquel efecto jurídico que el actor busca obtener a través del proceso se encuentra expresado en la parte petitoria de la demanda y configura la *pretensión procesal*, la cual se dirige *en contra del demandado*, con el fin de vincular a éste en un determinado sentido y para que se produzcan ciertas consecuencias jurídicas. Por su parte, constituyen las *excepciones* del demandado todas las oposiciones que dirige *directamente contra la pretensión procesal* que formula el actor.<sup>240</sup>

La sentencia es el *acto de terminación normal* de un proceso. A través de ella el órgano jurisdiccional “[...] decide acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar la pretensión”.<sup>241</sup> En la sentencia también se resuelve, conforme a

---

<sup>240</sup> Como explica Devis Echandía, la excepción es aquella *especie* del *género defensas del demandado* que, precisa y directamente, discute y ataca la pretensión procesal. La excepción busca que la pretensión procesal sea desestimada en la sentencia, bien formulando nuevos hechos que impiden el nacimiento del derecho que pretende el actor, bien alegando hechos que indican que se ha extinguido o no ha nacido dicho derecho, o bien, señalando situaciones o circunstancias fácticas que impiden que en ese momento o en ese proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho que invoca el actor. Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, en nota 79, p. 232.

Las excepciones se refieren al *mérito de la pretensión procesal*, y son una especie del género defensas del demandado, pues este goza de distintas maneras para ejercer su derecho de contradicción, como puede ser, si le conviene, no compareciendo al proceso y asumiendo los efectos jurídicos que su silencio ocasiona; o también negando simplemente los fundamentos de la pretensión, sin formular nuevos hechos dirigidos a desvirtuar sus razones; o de igual manera, formulando oposiciones al trámite procesal para discutir su validez y evitar que se dicte una sentencia por vicios de procedimiento. En este último caso, la subsanación de los vicios, y de ser el caso, una nueva tramitación procesal, no impedirán que se dicte una sentencia. *Cfr.* Véscovi, Enrique, *op. cit.*, en nota 79, pp. 76-79. Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, en nota 79, pp. 228-231. Alsina, Hugo, *op. cit.*, en nota 106, pp.126-127.

<sup>241</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 87, p. 322. Formas anormales de terminación del proceso son el allanamiento, el desistimiento y el abandono de la instancia. Indica el autor citado (*ibidem*, p. 339) que “Iniciado el proceso por la formulación de una pretensión ante el órgano jurisdiccional, lo normal es que termine por acto del juez en que decide acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión”. No obstante, puede ocurrir que el proceso no termine con sentencia, lo cual no quiere decir que “[...] en estos casos no exista un acto del órgano jurisdiccional por el que se dé por terminado el proceso, ya que todo proceso, una vez iniciado, no termina hasta que no lo declare así el órgano jurisdiccional ante el que se dedujo la pretensión. Lo que se afirma es que el acto que dicta en estos casos el juez no es una sentencia. Porque el juez no decide acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el derecho objetivo; ante unos determinados hechos o actos ha de dictar decisión en un sentido determinado”.

derecho, sobre las excepciones del demandado, y en consecuencia, se las declara procedentes o improcedentes. En suma, la sentencia, como acto de terminación normal de un proceso, *resuelve sobre el fondo de la controversia jurídica que se plantea ante los jueces.*<sup>242</sup>

La sentencia contiene un *juicio lógico* y un *mandato*. En ella se realiza un análisis que confronta los hechos con el derecho para obtener una conclusión de carácter jurídico. Pero además, supone la actuación de lo que dispone el derecho para el caso concreto que ha sido sometido a decisión del Juez, y por tanto, incorpora una *disposición*, fundada en el derecho, que obligatoriamente deben cumplir las partes.

Se dice que la sentencia ostenta *autoridad de cosa juzgada* cuando goza de *autoridad y eficacia*, al haberse agotado los recursos que contra ella permite interponer el ordenamiento jurídico, o bien cuando no se han previsto medios de impugnación. La cosa juzgada implica, además del atributo de obligatoriedad, las cualidades de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no puede ser ulteriormente revisada y tampoco alterada en sus términos por otra autoridad, de tal forma que está llamada a cumplirse, incluso, mediante una eventual ejecución forzada para someter a las resistencias contrarias.<sup>243</sup>

## II. PARTICULARIDADES DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

---

<sup>242</sup> Es necesario aclarar que, en un sentido amplio, por sentencia también se entiende a la resolución judicial que declara la no admisibilidad de la pretensión por cuestiones puramente procesales, o las que se refieren a la validez del proceso. Sin embargo, aquella declaratoria de no admisibilidad o de nulidad no impide que el proceso pueda ser instaurado nuevamente, por lo cual se prefiere reservar el término sentencia a aquel acto del juez que decide sobre el fondo del asunto.

<sup>243</sup> Cfr. Couture, Eduardo, *op. cit.*, en nota 79, pp. 327-328. Como indica el autor citado (*ibidem*, pp. 328 y 358-359) la coercibilidad, esto es la eventualidad de ejecución forzada, es solo una *consecuencia* de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Forzar el cumplimiento de una sentencia en contra de la voluntad de quien está llamado a acatarla no necesariamente sucede en la realidad, pues cabe también el cumplimiento voluntario, e incluso, de haber elementos susceptibles de transacción, un acuerdo de las partes que modifique el contenido de la sentencia y evite su ejecución forzada.

Como ya se manifestó en el capítulo segundo de esta tesis,<sup>244</sup> la auto-tutela administrativa y el principio de división de funciones influyen decisivamente en la configuración técnica del proceso contencioso administrativo, al cual se lo diseña con un carácter básicamente impugnatorio de actos previos. En efecto, la intervención del Juez de la Administración requiere, de modo indispensable, de una antecedente decisión administrativa; de un precedente acto que se analizará según derecho y respecto del cual el demandante formulará sus pretensiones procesales y la Administración sus oposiciones.

La sentencia, por tanto, se referirá a un acto de la Administración Pública, no en el sentido de que el proceso contencioso administrativo constituya, sin más, un “juicio a dicho acto”, sino en cuanto la actividad de la Administración es el motivo de la controversia jurídica que se somete a los jueces y el preciso *punto de referencia* de del análisis jurídico que se lleva a efecto en el proceso. En relación con dicha actividad, el demandado formulará sus pretensiones procesales –que pueden ser de sola anulación o de anulación y restablecimiento de un derecho- las mismas que serán materia principal de la sentencia. De igual manera, la Administración Pública, así mismo en relación con su propia actividad, dirigirá sus oposiciones en contra de las pretensiones procesales del actor, para así defender la legalidad del acto que se impugna en el proceso.

La circunstancia de que la sentencia contemple el análisis jurídico de un acto de la Administración Pública, y que el proceso contencioso administrativo tenga un carácter impugnatorio de actos previos, no desdice el permanente matiz subjetivo del proceso que se destacó en el capítulo anterior.<sup>245</sup> En aquella oportunidad se pudo observar que el requisito de legitimación procesal, que gira en torno a la exigencia de un “interés jurídico” o “interés directo” del demandante, es suficiente para cuestionar un supuesto carácter objetivo y de pura defensa de la legalidad. Por ello, la sentencia no se limitará al examen abstracto de la juridicidad del acto o

---

<sup>244</sup> Véase, *supra*, capítulo segundo, número I, acápite 3.

<sup>245</sup> Véase, *supra*, capítulo tercero, número V, acápite 1.

a una mera confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, *sino que decidirá sobre la juridicidad del acto en cuanto es el punto de referencia de la pretensión procesal del demandante y de las excepciones de mérito de la Administración demandada.*<sup>246</sup> Dicha pretensión procesal tiene por fundamento el derecho o el denominado “interés” del actor, que éste considera vulnerado o no reconocido por el acto que se impugna.

La pretensión procesal del demandante es el objeto de la demanda y también del litigio.<sup>247</sup> En las legislaciones mexicana y ecuatoriana, que prevén la *alternativa legal* de formular pretensiones procesales de anulación o de anulación y de plena jurisdicción, la sentencia decidirá sobre el mérito de estas pretensiones. En caso de que la sentencia sea favorable al demandante, se dispondrá el retiro del mundo jurídico del acto de la Administración que afecta al actor, y además, si así se lo ha pedido, establecerá en contra de la autoridad administrativa una prestación que deberá cumplir a favor del demandante, para con ello restaurar o tutelar un derecho subjetivo que la actividad de la Administración vulneró o no reconoció. Como toda pretensión procesal, las de anulación o de anulación y plena jurisdicción configuran un preciso *efecto jurídico* que, respecto de la Administración Pública, el actor busca lograr a través del proceso.

Las particularidades de la sentencia en el proceso contencioso administrativo también derivan de la materia o índole de asuntos que se conocen a través de dicho proceso. Como dije en el capítulo segundo, la especificidad de la materia está dada por la presencia de la Administración Pública y el cuestionamiento de normas de Derecho público particularmente aplicables al caso. En la misma oportunidad, se señaló que la calidad de demandado en el proceso la tiene *toda*

---

<sup>246</sup> La opinión de que el proceso contencioso administrativo de anulación constituye un “juicio a un acto” decae aun más por la presencia de modernas técnicas que controlan la inactividad de la Administración. En el Derecho español, los artículos 29 y 30 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevén la posibilidad de iniciar el proceso cuando no existe un acto que impugnar, sino en razón de la inactividad. Esta previsión, forzosamente, muestra a un proceso contencioso administrativo que conoce de pretensiones procesales independientemente de la impugnación de un acto previo. De igual manera, el amparo ecuatoriano (o acción de protección), procede contra omisiones ilegítimas de la autoridad pública, y puede ser un modelo a seguir para el proceso contencioso administrativo que se regula en la vetusta LJCA.

<sup>247</sup> Ramírez Arcila, Carlos, *op. cit.* en nota 72, p. 117.

*autoridad que ejerza funciones materialmente administrativas*, y no sólo los órganos de la Función Ejecutiva. También se hizo una exposición de las temáticas o asuntos que deben conocer los jueces, los mismos que implican *relaciones jurídicas reguladas por el Derecho Administrativo o Tributario*. La sentencia, por tanto, aplicará la normativa propia e idónea para regular este tipo de relaciones en las cuales uno de los términos es una entidad u órgano que ejerce poder público.<sup>248</sup>

Por último, haciendo referencia a los principios señalados en el capítulo primero, la sentencia en el proceso contencioso administrativo constituye, en virtud de la función y finalidad de dicho proceso, una ocasión que *concreta los principios de legalidad y juridicidad que guían la actuación de la Administración Pública* y que permite *hacer efectiva su subordinación al Derecho*.<sup>249</sup> Además, como estos principios implican necesariamente la idea de *responsabilidad pública*, la sentencia favorable al demandante, cuando la Administración se ha alejado de sus fundamentos propios, hace que ésta responda jurídicamente por los resultados de su actuación. Según la pretensión procesal que formule el actor, la Administración responderá, bien soportando todas las consecuencias jurídicas de la anulación del acto, bien satisfaciendo una prestación que respete el derecho del administrado que fue violado con su actividad.

### III. CLASES DE SENTENCIAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

El cometido académico de clasificar las sentencias puede partir de diversos criterios. Si se tiene presente la *eficacia de la sentencia en relación con el proceso*, estas pueden ser definitivas o interlocutorias.<sup>250</sup> Las primeras deciden sobre el fondo del asunto planteado a conocimiento del Juez, mientras que las segundas tienen un alcance meramente procesal, como aquellas que declaran la

---

<sup>248</sup> Véase, *supra*, capítulo segundo, número II.

<sup>249</sup> Véase, *supra*, capítulo primero, número I, acápites 3 y 5.

<sup>250</sup> *Cfr.* Couture, Eduardo, *op. cit.*, en nota 79, pp. 256-257.

no admisibilidad de la pretensión por falta de requisitos, o las que se refieren a la validez del proceso.

Las sentencias definitivas, a su vez, se pueden clasificar, según su *contenido*, en estimatorias o no estimatorias de la pretensión. En el primer caso, el acto de la Administración que se impugna resulta inconforme con el ordenamiento jurídico, y por tanto, la pretensión procesal del demandante resulta fundada y el Juez la acepta, total o parcialmente. En el segundo caso, el acto de la Administración que se impugna es conforme al ordenamiento jurídico y procede desestimar la pretensión procesal.<sup>251</sup>

También las sentencias se clasifican, atendiendo a los *efectos procesales* que producen, en firmes y no firmes. Las primeras no admiten recurso alguno, sea ordinario o extraordinario, mientras que las segundas sí lo admiten.<sup>252</sup>

Por último, según la *pretensión procesal* que se formule y los *finés o funciones que el proceso puede cumplir*, las sentencias que en él se dicten pueden ser declarativas, constitutivas, condenatorias o ejecutivas.<sup>253</sup>

Las clasificaciones sumariamente expuestas tienen su utilidad según la perspectiva de estudio que se adopte o la temática jurídica que se aborde. Cada clasificación observa diversos aspectos jurídicos que presenta el proceso y la sentencia. Para el tema de esta tesis, la clasificación que será útil para los posteriores desarrollos sobre la ejecución es aquella que distingue a las sentencias según la pretensión procesal que se formule y los fines o funciones del proceso. Debe advertirse, no obstante, que aludir a la ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo, a su vez, supone la situación de una sentencia *definitiva, firme y adversa* a la Administración Pública.

Esta delimitación de las precisas características de la sentencia a la cual nos referimos se justifica por las siguientes consideraciones:

a. El tema específico de la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso administrativo debe partir, por lógica, de una sentencia que resuelva

---

<sup>251</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 87, pp. 324-325.

<sup>252</sup> *Ibidem*, pp. 325-326.

<sup>253</sup> Cfr. Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, en nota 79, p. 160.

sobre el fondo del asunto y que se refiera a la pretensión procesal y a sus efectos en la relación jurídica administrativa. Justamente, ejecutar la sentencia exige el diseño de particulares mecanismos procesales que lleven a la práctica lo que el Juez ha decidido sobre la cuestión de derecho que se resuelve. Esta problemática particular no se presenta en las providencias de alcance puramente procesal.

b. El proceso contencioso administrativo puede terminar en una sentencia favorable o desfavorable a la Administración Pública, lo cual determina una distinta situación de las partes procesales. De ser la sentencia favorable a la Administración y desfavorable al administrado, es evidente que la primera podrá hacer efectiva la sentencia *por sí misma*, incluso sin auxilio jurisdiccional, en virtud de todos los privilegios que ostenta por su carácter de autoridad investida de poder público, y especialmente, en virtud de la auto-tutela administrativa. Esto no sucede cuando la sentencia es desfavorable para la Administración y favorable para el administrado, por la simple razón de que quien debe cumplir la sentencia tiene calidad de autoridad pública y, por ende, atributos singulares de superioridad en relación jurídica administrativa. Ello plantea una particular problemática para el Juez y para el administrado, puesto que, a diferencia de la sentencia favorable a la Administración, en la que es adversa a ésta se requieren de especiales mecanismos procesales de ejecución que sometan la eventual resistencia de un ente que ostenta autoridad y poder público.

c. Es evidente que el tema de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo supone una sentencia firme y con autoridad de cosa juzgada, es decir, una sentencia que *vincule a la Administración y que sea capaz de producir plenos efectos jurídicos en la relación jurídica administrativa*. Las sentencias que son susceptibles de recurso ordinario o extraordinario plantean una problemática jurídica distinta a la que supone la ejecución, pues dichas sentencias carecen de fuerza ejecutiva. En estos casos, la doctrina estudia otros temas distintos a la ejecución, como es el caso de la posibilidad de suspensión de efectos del acto impugnado hasta que se dicte una sentencia firme.

Hechas las precisiones que anteceden, es necesario advertir que una *específica clasificación no supone necesariamente una categorización rigurosa*, o

una *identificación de elementos que no puedan tener comunicación entre sí*. Por ello, a pesar de que me refiero a diversos contenidos de las sentencias contencioso administrativas, según la pretensión procesal planteada y los fines del proceso, es posible que dichas sentencias, en virtud de la complejidad que pueda presentar la controversia sometida a la decisión de los jueces, incorporen diversos elementos declarativos, constitutivos o condenatorios. La referencia a estos elementos de clasificación servirá para apreciar los diversos aspectos decisorios que pueden contener las sentencias y sus efectos en la relación jurídica administrativa.

### **1. Sentencias declarativas**

En el proceso contencioso administrativo, la sentencia favorable al administrado siempre contendrá una declaración de invalidez del acto administrativo que se impugna en la demanda.<sup>254</sup> No obstante, en este supuesto la sentencia puede limitarse a proclamar la ilegalidad, y por tanto, la invalidez del acto de la Administración que se impugna en la demanda, sin que se establezca una prestación que deba cumplir la Administración Pública a favor del administrado. Sería una sentencia propia del tradicionalmente denominado “proceso objetivo”, o dicho con mayor exactitud, el fallo que estima una pretensión procesal de anulación.

Cabe advertir que en el proceso contencioso administrativo la sentencia favorable al administrado observará los vicios de invalidez de que afectan al acto administrativo impugnado, de conformidad con la teoría de las nulidades que es propia del Derecho Administrativo. Adelantándonos a lo que más adelante se dirá en este capítulo, un acto administrativo puede ser nulo de pleno derecho (nulidad absoluta) o anulable (nulidad relativa). En rigor, podría hablarse de sentencias declarativas en el proceso contencioso administrativo cuando estas observan la

---

<sup>254</sup> González Pérez, Jesús y Vásquez Alfaro, José Luis, *Derecho Procesal Administrativo Federal*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 327.

nulidad absoluta del acto administrativo impugnado, o en términos de la legislación mexicana, cuando establecen que dicho acto adolece de “nulidad lisa y llana”.<sup>255</sup>

## **2. Constitutivas**

En el proceso contencioso administrativo, una sentencia constitutiva produce innovaciones en la relación jurídica administrativa, es decir, incorpora nuevas implicaciones que antes no existían. Este tipo de sentencias, además de declarar la invalidez del acto impugnado en la demanda, producirán modificaciones en dicha relación jurídica, como puede ser el caso de la disposición de que se dicte un nuevo acto administrativo que contemple distintos elementos en su parte resolutive, que incorpore ciertas variaciones jurídicas, o bien que reconozca al administrado demandante una situación jurídica o un derecho subjetivo.<sup>256</sup>

## **3. Condenatorias**

Una sentencia condenatoria en el proceso contencioso administrativo será aquella que, además de declarar la invalidez del acto impugnado, imponga a la Administración el cumplimiento de una prestación a favor del administrado demandante, o el cumplimiento de una obligación. Ello supone que el demandante tiene un derecho subjetivo a dicha prestación.

## **4. Ejecutivas**

Reservamos esta categoría para el supuesto de que la Administración Pública deba dar satisfacción a un derecho que el administrado adquirió en virtud de la ley, lo cual sucede cuando ha ocurrido el silencio administrativo de efectos positivos. Esta situación tiene especial interés para el Derecho ecuatoriano, que

---

<sup>255</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 87, p. 324.

<sup>256</sup> *Idem.*

establece como regla general el efecto positivo o estimatorio del silencio administrativo, y sólo de manera excepcional, el efecto negativo.<sup>257</sup> Esta cuestionable regulación ha dado lugar a una singular innovación propuesta por la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (actualmente Corte Nacional de Justicia), la cual ha entendido que el administrado a quien favorece el silencio administrativo adquiere, por el ministerio de la ley, un “derecho autónomo”, que no puede ser desconocido por una posterior resolución expresa tardía, y que debe hacerse valer, no mediante un proceso de conocimiento, sino a través de uno de ejecución. De esta manera, habría un *sui géneris* proceso contencioso administrativo de ejecución, en el cual se resuelve sobre una pretensión procesal que busca llevar a la práctica lo ganado por el silencio administrativo.

No obstante, la misma Corte también ha establecido condiciones para que pueda entenderse adquirido dicho “derecho autónomo”, condiciones que, en síntesis, se refieren a los requisitos esenciales de validez de los actos administrativos. En tal virtud, si lo ganado por el silencio hubiese sido otorgado por un acto administrativo expreso y válido, se entiende que el administrado ha adquirido un derecho. Por el contrario, si lo ganado por el silencio administrativo hubiera provenido de un acto administrativo expreso e inválido, no se considera que el administrado adquirió un derecho.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> En efecto, el artículo 28 de la LME, en su parte pertinente, dispone lo que se transcribe:

“Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. *En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.* Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan” (Lo resaltado me pertenece).

<sup>258</sup> No está por demás advertir lo inconveniente e imprudente del régimen jurídico del silencio administrativo positivo que existe en el Ecuador. Sin dejar de considerar los graves riesgos que implica una norma general que establece el efecto estimatorio del silencio –la cual no ha tenido presente la posibilidad de que la petición que se supone aceptada resulte contraria a derecho– también es menester apreciar la falta de practicidad de la solución.

En virtud de lo dicho, es más preciso afirmar que no existe un proceso de ejecución puro, porque los jueces competentes en materia administrativa, para poder obligar en sentencia a que la Administración cumpla con lo que el administrado dice haber obtenido por el silencio administrativo, deberán *previamente* analizar si aquello es conforme a derecho. Esto supone un estudio previo que es propio de un proceso de conocimiento, para posteriormente decidir si procede un proceso de ejecución.

#### IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA

En atención al tema de este trabajo, me referiré a los efectos que la *sentencia adversa* a la Administración Pública produce en la relación jurídica administrativa. Precisamente, el mandato o disposición que contiene la sentencia constituye el objeto que debe cumplir o ejecutar la Administración Pública, y justamente, dicho mandato o disposición incide en la relación jurídica administrativa. Como indican González Pérez y Vázquez Alfaro:

---

En efecto, uno de los principales problemas que presenta el actual régimen jurídico del silencio administrativo es la *forma de llevar a efecto* lo ganado por ministerio de la ley. Si la petición o pretensión del administrado es lícita y posible, habrán casos en que el administrado puede llevar a la práctica lo adquirido sin intervención de la Administración, como sucede con la revocatoria de una multa que se produjo por el ministerio de la ley, situación en la cual el administrado simplemente puede dejar de pagar, argumentando que dicha multa quedó sin efecto por el efecto legal del silencio administrativo. Pero también existen situaciones en que se requiere de una declaración o actuación de la Administración para restablecer el derecho del administrado, como por ejemplo, la reincorporación de un funcionario público destituido. En estos supuestos, el problema radica en cómo obligar a la Administración a acatar algo que no ha consentido, pero que tiene la obligación de cumplir por el efecto legal del silencio administrativo.

Como se sabe, el proceso contencioso administrativo ecuatoriano tiene un carácter impugnatorio de actos previos, y por tanto, el problema se presenta cuando se quiere hacer valer en juicio lo ganado por la aplicación del efecto jurídico del silencio administrativo. El artículo 28 de la LME, establece que el efecto del silencio es, en términos generales, estimatorio o positivo, pero si el contencioso administrativo tiene un carácter impugnatorio resulta completamente absurdo que el administrado impugne algo que le favorece. Es por esta razón, como ya se dijo, que la entonces Corte Suprema de Justicia estableció que lo ganado por silencio administrativo comporta un *derecho autónomo* nacido de la ley, que no puede desconocerse por una resolución expresa tardía de sentido contrario, y que da lugar a un “accionar procesal autónomo”, esto es, a un proceso de ejecución.

“El proceso administrativo presupone una realidad jurídico-administrativa: unas actuaciones, actos o disposiciones de la administración y las situaciones de ellas derivadas. Estas actuaciones, actos o disposiciones y las situaciones jurídicas de ellas derivadas son las que dan lugar a que un sujeto deduzca la pretensión ante el órgano jurisdiccional.

“La pretensión procesal recae sobre esas realidades. Lo que se pretende del órgano jurisdiccional –y sobre lo que recae la decisión jurisdiccional- es, por tanto, siempre algo referido a la realidad jurídica extraprocesal. De aquí que sea necesario tratar de los efectos que la sentencia produce o pueda producir, no sólo en el campo del proceso, sino también en el mundo de las relaciones jurídico materiales”.<sup>259</sup>

Como ya se dijo anteriormente, toda sentencia que se dicta en el proceso contencioso administrativo –en virtud del carácter impugnatorio de actos previos que tiene este proceso, y dado que la pretensión procesal tiene por referencia a un acto que se ataca- implica un análisis y una declaración sobre la validez del acto, y en caso de ser adversa a la Administración Pública, la sentencia declarará la anulación de dicho acto. Además de este efecto, si el demandante lo pretende, la sentencia reconocerá la existencia de un derecho, o bien dispondrá su reparación. El tema de los efectos de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, por ende, requiere de una primera referencia a la teoría de las nulidades que se estudia en el Derecho Administrativo. Respecto de las sentencias ejecutivas –muy propias del Derecho ecuatoriano- se hará un análisis separado.

## **1. Efectos de la declaratoria de nulidad**

### **A. Nulidad de actos administrativos**

---

<sup>259</sup> González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, en nota 254, p. 325. Los mismos autores advierten (*Ibidem*, p. 314):

“Si el contencioso-administrativo se había planteado con relación a un acto, por su contenido, el tipo de pretensión deducida y la infracción en que se hubiera podido incurrir (artículo 51, LFPCA) determinará cuáles serán los pronunciamientos del fallo (artículo 52, LFPCA) y, por tanto, la forma de proceder para su cumplimiento (artículo 57, LFPCA)”

Los actos administrativos pueden adolecer de nulidad absoluta o de nulidad relativa (anulabilidad).<sup>260</sup> La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho se origina por un vicio especialmente grave, capaz de producir la total ineficacia jurídica del acto que lo contiene.<sup>261</sup> Este grado de nulidad está íntimamente relacionado con el

---

<sup>260</sup> A estas categorías se suele sumar la inexistencia. Sobre la inexistencia, coincido con García-Trevijano Fos, quien manifiesta lo siguiente:

"[...] únicamente interesan las categorías jurídicas en tanto en cuanto de ellas deriven consecuencias distintas, pues de lo contrario estaríamos creando un estilismo jurídico separado de la realidad y del fin último del derecho que, al fin y a la postre, es lo único que importa, como afirmaba Ihering.-

"Decimos esto porque el planteamiento que atormenta a la doctrina sobre la triple o doble clasificación de las invalideces es producto de discusiones bizantinas, pues ¿qué consecuencias se derivan de separar inexistencia y nulidad por una parte y anulabilidad por otra? Las consecuencias derivadas de aquella artificial separación son las mismas, luego si no conducen a nada práctico, ¿merece la pena investigar sobre sus notas diferenciales? [...]

Al respecto, el autor enumera consecuencias que son equiparables, como la carencia de efectos *ab initio*, la imposibilidad de convalidación, la no-prescripción ni caducidad de las acciones, la posible resistencia a la ejecución forzosa, entre otras. García-Trevijano Fos, José Antonio, *op. cit.*, en nota 60, pp. 387-388.

En rigor, considero que el tema de la inexistencia no debería ser equiparado con el de las nulidades. Hablar de un "acto administrativo inexistente", como es obvio, indica que tal figura no existe, que se trata de algo más cercano a las situaciones de hecho, que ni siquiera hay apariencia de acto, y por tanto, que no se puede predicar de él una nulidad, ni siquiera por comparación o analogía, porque esto supone que por lo menos hay una figura o carácter de acto administrativo a la cual se pueda imputar un vicio. *Cfr.* Gordillo, Agustín, *op. cit.*, en nota 230, pp. XI-30-XI-31. Evidentemente, si no existe la "sustancia", no se puede hablar de sus "accidentes", y si se quiere hablar de "acto administrativo inexistente", el único régimen a aplicarle muchas veces se resume en la indiferencia, por la intrínseca ineptitud para la producción de efectos jurídicos.

Sin embargo, el tema de la inexistencia plantea no pocas dificultades. Bien pueden presentarse situaciones que den lugar a confusiones por una marcada apariencia de acto, o bien se puede tratar de obtener de un acto aparente alguna consecuencia jurídica. El particular que falsifica el documento que acredita la calidad de policía, e impone una multa de tránsito; un funcionario público que ordena algo imposible, so pena de sanción al subalterno que no cumpla la orden. La inexistencia, en nuestra opinión, se vincula con elementales presupuestos del acto administrativo, con aquello que dice de su ser; la nulidad o los vicios, es próximo a los requisitos. Así, en el caso de la multa impuesta por el particular que hizo creer su calidad de policía, lo que interesa demostrar, para todos los efectos pertinentes, es que no había autoridad pública de la cual pudiese emanar un acto administrativo, y basta con ello para obstar cualquier intento de cobrar la multa. En el caso de la orden de contenido imposible, so pena de una sanción por incumplimiento, cabe distinguir necesariamente lo que comporta la misma orden y lo que comporta la imposición de la sanción. Lo primero, alude a la inexistencia por imposibilidad absoluta de realización como orden, lo segundo constituye un cabal acto administrativo, aunque arbitrario e carente de fundamento.

<sup>261</sup> Miguel Acosta Romero, refiriéndose a los efectos del acto nulo, señala (*op. cit.*, en nota 191, p. 865):

"En cuanto a la declaración que hacen las leyes de que la nulidad de pleno derecho no produce ningún efecto jurídico, estimamos que esto nos llevaría a pensar que esta declaración tiene efectos automáticos, es decir, que por el solo efecto de estar consignada en la ley, el acto no produce efectos, situación que consideramos totalmente apartada de la realidad.

cabal cumplimiento de los requisitos esenciales de los actos administrativos, a saber, la competencia del órgano, el cumplimiento de los presupuestos de hecho previstos por la ley para que el acto pueda ser dictado, el objeto y contenido lícitos, la ausencia total de procedimiento administrativo previo, y el acatamiento de los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

---

“En todo caso, es necesaria una declaración de autoridad que determine la anulación total del acto y destruya aquellos efectos que se hayan producido y que sean susceptibles de ello, porque existen efectos que no podrán destruirse y el derecho necesitará buscar procedimientos que restituyan, en lo posible, esos efectos, o que se traduzcan en sanciones o penas”.

Considero acertado este criterio en lo que se refiere a la necesidad de una declaratoria de nulidad que prive de eficacia al acto administrativo nulo, es decir, que le impida producir efectos y que repare las consecuencias adversas que produjo. Efectivamente, no por la sola circunstancia de existir en la ley la previsión de un vicio de nulidad, ello quiere decir que el acto, automáticamente, deje de producir efectos en los hechos. En la realidad, la Administración Pública, aun cuando incurra en una grosera infracción que determina la nulidad absoluta de su actuar, goza de todos los privilegios que tiene la autoridad para hacer cumplir sus disposiciones, incluso, por medio de la coacción. Debe recordarse, además, que los jueces no pueden actuar en todo momento y oportunidad, por lo que el proceso contencioso administrativo requiere de la presencia de un acto previo de la Administración Pública. En tal virtud, si ésta es renuente a revocar su acto absolutamente nulo y a reparar sus efectos, será en ese preciso momento en que se acudirá a la jurisdicción para que mediante sentencia se declare la nulidad del acto y se dispongan las medidas necesarias para restablecer el orden jurídico violado, lo cual, como bien dice el autor citado, no siempre es posible, al menos, según lo que el demandante podría formular como pretensión procesal.

No obstante, la situación expuesta, que es acorde con las realidades, no debe confundirse con los *efectos de la declaratoria de nulidad*, sea que ésta la dicte la misma Administración mediante otro acto administrativo de carácter revocatorio, sea que se declare mediante una sentencia de anulación. Dicha declaratoria, al constatar el vicio de nulidad y disponer el retiro del mundo jurídico del acto administrativo, será la que dispondrá, en aplicación de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, que se eliminen los efectos del acto, con efecto *ex tunc*, y por ende, que se hagan las reparaciones debidas para restablecer el orden jurídico violado. Por lo demás, aun cuando no exista declaración de nulidad, las leyes pueden prever la desobediencia lícita respecto de lo que dispone el acto nulo, sin que se pueda imponer sanción alguna al opositor.

Es cierto, de igual manera, que tal declaratoria en muchos casos no podrá reparar hechos consumados (por ejemplo, la demolición de un inmueble que se hace en ejecución del acto nulo, o bien, la restitución al cargo de un funcionario destituido en los casos en que se suprimió el puesto de trabajo), y de igual forma, tampoco debería afectar a terceros de buena fe como resultado de la torpeza de la Administración (como sería el caso de pretender que un tercero de buena fe, que cumpliendo todos los requisitos legales, sea destituido del cargo que ocupa en reemplazo del funcionario ilícitamente depuesto, para restituir a este último a sus funciones). Sin embargo, ante tales circunstancias, debe considerarse que el ordenamiento jurídico mexicano y ecuatoriano, en la actualidad, prevén la indemnización de daños y perjuicios por actos ilegítimos de autoridad que afecten al ciudadano, según lo que disponen los artículos 108 y siguientes de la CPEUM, las normas de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; y el artículo 11 numeral 9 de la CPRE. Por último, debe considerarse que la LFPCA, en el artículo 58, fracción II, literal f), contempla la posibilidad de un “cumplimiento sustituto” en los casos en que se demuestre justificadamente la imposibilidad de cumplir con una sentencia.

La doctrina, en atención a la gruesa ilegalidad que constituye la violación de dichos requisitos esenciales, contempla las siguientes consecuencias jurídicas que considero acordes y coherentes con la magnitud de los vicios que acarrearán la nulidad absoluta de un acto administrativo:

*a. Ineficacia ipso iure*, de tal modo que los funcionarios y administrados que constaten la causa de nulidad, aun cuando no exista sentencia judicial, legítimamente podrían desconocer a los actos viciados y resistirse a su cumplimiento, al menos en teoría, porque en la práctica las circunstancias pueden exigir la declaratoria de nulidad absoluta para vencer una posible ejecución o para borrar cualquier apariencia de legitimidad.<sup>262</sup> Sin embargo, del desconocimiento y resistencia de los funcionarios o administrados no podría derivarse ninguna sanción, especialmente si se ven vulnerados derechos o si de la ejecución del acto se atentaría contra el ordenamiento jurídico.

*b. No convalidación.* El acto administrativo absolutamente nulo no puede ser objeto de convalidación, pues la gravedad del vicio obliga necesariamente a la extinción de aquél, sin que pueda admitirse la conformidad del administrado como mecanismo de sanación. No obstante, los actos independientes pueden mantenerse válidos y, así mismo, las partes del mismo acto que no adolezcan de vicio, como dice el artículo 31 del ERJAFE ecuatoriano. Destacan García de Enterría y Fernández que los vicios de nulidad absoluta son de orden público, pues trascienden el interés individual, y por consiguiente, imponen la extinción en aras de la regularidad y la conformidad con el Derecho. La Administración, por tanto, no tendría otra opción que la de declarar nulo el acto viciado, justamente, porque está subordinada al Derecho, y mal podría tolerar, en contradicción con este principio, que existan actos radicalmente ilegítimos y que se admita la posibilidad de sus efectos, en pugna con el orden jurídico que establece su nulidad radical.<sup>263</sup> Esto explica que la Administración pueda, aun de oficio, extinguir el acto

---

<sup>262</sup> Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, en nota 55, p. 164. García-Trevijano Fos, José Antonio, *op. cit.*, en nota 60, p. 411.

<sup>263</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, pp. 596-597.

y suspender inmediatamente sus efectos, como se prevé los artículos 139 del CT y 167 y 189 del ERJAFE. De igual forma, el Juez puede declarar la nulidad aunque no se haya alegado, como se desprende de los artículos 272 y 273 del CT, 60 LJCA y 51 párrafo penúltimo de la LFPCA.

c. El acto absolutamente nulo *no está cubierto por la presunción de validez* (o presunción de legitimidad), pues su vicio manifiesta una determinante ilegalidad que lo hace incompatible con dicha presunción.

d. La declaratoria de nulidad o la constatación del vicio, produce siempre efectos *ex tunc*, pues se retrotrae al momento en que se dictó el acto viciado. Esto se explica porque el acto nunca tuvo aptitud para producir efecto alguno.

Los demás vicios que no comporten el grado de invalidez analizado, y que no se refieran a requisitos esenciales de los actos administrativos, pueden ser convalidados o subsanados, como sucede con la violación de formalidades o procedimientos, o transgresiones menores al ordenamiento jurídico que permitan reparación.

Los efectos de la anulación de un acto administrativo que adolece de vicios de nulidad relativa producen, por lo general, efectos *ex nunc*, aunque también pueden admitirse efectos *ex tunc*, como en el caso de que el acto se haya agotado en una sola operación de aplicación, caso en el cual la anulación implicará la revisión de la operación y la consiguiente eficacia retroactiva de ésta.<sup>264</sup>

En la legislación mexicana, los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo se encuentran precisados en los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la LFPA:

“El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; *será subsanable*, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

---

<sup>264</sup> Raúl Bocanegra Sierra, *op. cit.*, en nota 55, p.189.

“En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado” (Lo resaltado me pertenece).

Por su parte, el artículo 7 de la LFPA, respecto de la anulabilidad, dispone:

“El acto declarado anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto. Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo.

“El saneamiento del acto anulable producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido”.

En el inciso b) del artículo 57 de la LFPCA se prevé también la posibilidad de subsanar actos relativamente nulos, viciados por la forma o por el procedimiento, pues aun cuando la sentencia no haya ordenado a la Administración dictar un nuevo acto o reparar los vicios de procedimiento, la Administración Pública tiene la facultad de reponer el acto viciado reparando el vicio de forma, o bien reanudar el procedimiento enmendando las infracciones cometidas.

En la legislación ecuatoriana, de conformidad con los artículos 93, 94 y 167 del ERJAFE, el acto administrativo absolutamente nulo no puede ser convalidado, es decir, subsanado, a diferencia del acto anulable que sí puede ser convalidado (artículo 130). Además, la declaración de nulidad absoluta puede hacerse de oficio por la Administración o a petición de parte, a diferencia de la anulabilidad, que requiere de la declaratoria de lesividad y la iniciación del correspondiente proceso. En virtud de la imposibilidad de convalidación del acto nulo, en el Derecho ecuatoriano tampoco se podría, en consecuencia, dictarse un nuevo acto equivalente. Por último, la declaratoria de nulidad absoluta produce efectos retroactivos (*ex tunc*), mientras que la anulación del acto relativamente nulo produce efectos hacia lo venidero (*ex nunc*).

La disposición del párrafo segundo del artículo 6 de la LFPA mexicana merece algunos comentarios, pues un acto absolutamente nulo no podría, en rigor, ser subsanado. Si subsanar significa “Disculpar o excusar de un desacierto o delito”, “Reparar o remediar un defecto”, o bien, “Resarcir un daño”,<sup>265</sup> ¿cómo podrían subsanarse groseros vicios como la incompetencia, la ilicitud del objeto o contenido, o la desviación de poder? Así mismo, ¿cómo podrían coexistir, por un lado, la noción de invalidez y la disposición de que el acto nulo no se considerará legítimo ni ejecutable, y por otro lado, la posibilidad de dictar un nuevo acto? A todos estas apreciaciones se suma una intrínseca contradicción, porque no es congruente hablar de invalidez –carencia de valor- con la posibilidad de subsanar, que implica reparar para dar validez y efecto jurídico.

Imaginemos el acto administrativo que, a guisa de “causa de utilidad pública”, dispone la expropiación de un inmueble para construir un campo deportivo, que a la final, no se destina al beneficio colectivo, sino al esparcimiento de los funcionarios de una secretaría. Este acto administrativo, que de ningún modo se adecua a los presupuestos de hecho y a la finalidad previstos por la ley, de ningún modo podría ser subsanado, y tampoco sería tolerable insistir, mediante un nuevo acto, en las ilegalidades manifiestas que se cometieron. Simplemente, no existe causa de utilidad pública que autorice a la expropiación, y por ende, no es jurídicamente posible que subsista el acto viciado, ni que produzca efectos jurídicos. Lo contrario comportaría la consagración de una ilegalidad manifiesta, o bien, la permisión de que el ordenamiento jurídico sea violado.

Como bien destaca Daniel Márquez Gómez:

“[...] quizá como reflejo de la consideración doctrinal de que no existen nulidades de pleno derecho, se afirma que el acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido, no se considerará legítimo ni ejecutable y, en el colmo del absurdo, se afirma que será subsanable sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Con lo anterior se desdibuja todo el esquema de las nulidades [...]

---

<sup>265</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, p. 2101.

“Otro aspecto que debe criticarse de la nulidad y la anulabilidad regulada en estos preceptos, es el que se relaciona con el hecho de que se sanciona igual la omisión y la irregularidad en los elementos del acto administrativo, tanto en el supuesto de la nulidad como en el de la anulabilidad. Todo esto hace que esta herramienta jurídica sea un imperfecto medio de control, puesto que permite la emisión de actos administrativos en los que se omitan requisitos esenciales y sanciona levemente dicha situación. Además, coloca al administrado en un estado de dependencia de la buena fe administrativa, puesto que en el supuesto de que obtenga la nulidad del acto administrativo omiso o irregular, ¿qué impide a la autoridad emitir un nuevo acto con los mismos vicios?”<sup>266</sup>

Sin embargo, el literal c) de la fracción I del artículo 57 de la LFPCA, dispone que cuando la resolución impugnada esté viciada en cuanto al fondo, la autoridad no podrá dictar una nueva resolución sobre los mismos hechos, salvo que la sentencia le señale efectos que le permitan volver a dictar el acto. Por su parte, el literal c) de la fracción II del artículo 58 de la citada ley contempla la posibilidad de repetición de la resolución anulada por la sentencia, caso en el cual el Tribunal hará la declaración correspondiente, anulará la resolución repetida y prevendrá a la autoridad de que se abstenga de incurrir en nuevas repeticiones. Estas normas permiten observar que aquellos actos absolutamente nulos –como justamente son aquellos que incurren en violación de la ley o vicios de fondo, según la fracción IV del artículo 51 de la LFPCA- no pueden ser subsanados y tampoco la autoridad pública podría insistir en el mantenimiento de la situación o resultado ilícito creados por el acto administrativo anulado, razón por la cual la ley prohíbe la repetición de éste. En este sentido, la LFPCA es más coherente con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta antes expuestos.

Especial interés merece el efecto *erga omnes* que la doctrina señala como propio de la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo. Señalan González Pérez y Vázquez Alfaro:

---

<sup>266</sup> Márquez Gómez, Daniel, *op. cit.*, en nota 122, pp. 62-63.

“La sentencia que anulase el acto o disposición produce efectos *erga omnes*. No limita sus efectos a las partes, sino que se extiende a todas las personas afectadas por el acto o disposición anulados.

“No son efectos limitados a las sentencias dictadas como consecuencia de una pretensión de anulación, como se ha venido afirmando tradicionalmente. No es que produzca efectos *erga omnes* la sentencia que resuelve un recurso de anulación. Los efectos *erga omnes* se dan siempre que la sentencia sea anulatoria, cualquiera que fuera la pretensión deducida, tanto en el aspecto jurídico-procesal como en el jurídico- material. Otra cosa es la relevancia del contenido del acto y del motivo de anulación en orden a delimitar el alcance de la sentencia. En efecto:

“a’) Si la sentencia anula el acto o disposición por infracción del ordenamiento jurídico, desaparecerán las consecuencias derivadas del acto o disposición, cualquiera que fuese la persona afectada (por ejemplo, si imponía unos deberes, una limitación o unas cargas con carácter general, una vez dictada la sentencia, nadie estará obligado).

“b’) Si el acto impugnado infringía el ordenamiento jurídico por desconocer determinadas situaciones jurídicas individualizadas, la anulación no supondrá en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica a aquellos que no dedujeron la pretensión, aunque concurrieran las mismas causas”.<sup>267</sup>

Los autores citados, no obstante, observan que en el ordenamiento jurídico mexicano se aplica rígidamente el principio de “relatividad de las sentencias”, y las leyes procesales administrativas –siguiendo la legislación de amparo- no establecen excepciones al principio general según el cual la sentencia únicamente produce efectos entre las partes.<sup>268</sup> En mi opinión, en lo que se refiere concretamente a los actos administrativos, es menester inclinarse por el efecto *erga omnes* de la declaratoria de nulidad, muy a pesar del “principio de relatividad de las sentencias”, pues de lo contrario se producirían situaciones bastante anómalas, especialmente, al momento de restablecer el orden jurídico violado y hacer cumplir con la sentencia.

---

<sup>267</sup> González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, en nota 254, p. 296.

<sup>268</sup> *Idem*.

En efecto, de admitirse que la sentencia sólo tiene efectos entre las partes, esto es, entre el administrado demandante y la autoridad administrativa demandada, nada podría hacerse frente a terceros para restaurar los derechos del administrado que fueron vulnerados por el acto administrativo que se anula en la sentencia. Si un ciudadano, por ejemplo, fue despojado ilegalmente de un bien por parte de la Administración Pública, mediante un acto administrativo absolutamente nulo, y posteriormente, aquel bien es adjudicado a otras personas, mal podría sostenerse que la sentencia no tenga efectos para terceros cuando lo que se pretende es restituir el bien a su legítimo dueño. El acto administrativo viciado y declarado nulo por la sentencia no tiene capacidad de originar derecho alguno en otras personas, y por tanto, aun cuando las partes en el proceso contencioso administrativo hayan sido el administrado perjudicado y una determinada autoridad pública, todas las consecuencias del acto administrativo anulado deben desaparecer, incluso para quienes no intervinieron en el proceso. Esta solución permite restaurar el orden jurídico violado por el acto administrativo viciado y los derechos que se hayan vulnerado, fines estos que se buscan lograr al momento de exigir el cumplimiento de la sentencia.

### ***B. Nulidad de actos normativos***

En el Derecho ecuatoriano es posible impugnar mediante demanda contencioso administrativa todo acto normativo de rango inferior a la ley, incluyendo a los reglamentos. En el Derecho mexicano, sólo es posible la impugnación de circulares, instructivos y demás instrumentos de rango normativo similar, pues el conocimiento de las impugnaciones relacionadas con los reglamentos se reserva para el juicio de amparo, y por ende, dichas impugnaciones están excluidas del conocimiento del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como se desprende del texto de los artículos 14 de la LOTFJFA y 2 de la LFPCA.

Tanto en Ecuador como en México, el régimen de validez de los reglamentos tiene relación directa con los límites de la facultad reglamentaria que la

Constitución y las leyes otorgan a los órganos administrativos. La validez de un reglamento impone el acatamiento de los requisitos de competencia, forma y procedimiento, jerarquía normativa, respeto a los principios generales del Derecho e irretroactividad.<sup>269</sup>

La facultad reglamentaria, prevista en los artículos 147 numeral 13 de la CPRE y en el artículo 89 fracción I de la CPEUM, se justifica:

“[...] no por una delegación legislativa, pues ésta ocurre más bien con la presencia de órganos legislativos de excepción; se justifica jurídicamente la potestad reglamentaria por la necesidad de la presencia de normas movibles, flexibles, no de la rigidez de la Ley, susceptibles de fácil reforma y actualización, que emanen de un criterio técnico, no circunstancial, que suponga la realización de la amplia discrecionalidad típica de la administración pública, para la solución de asuntos que son de su competencia”.<sup>270</sup>

Si bien el reglamento y la ley son normas de derecho, el régimen jurídico propio de cada instrumento normativo da lugar a marcadas diferencias. Como se dijo, la facultad reglamentaria se justifica por la necesidad de normas flexibles y técnicas, no de la rigidez de la ley, que faciliten la actuación de la Administración Pública. “Frente a la solemnidad, lentitud, intermitencia del funcionamiento de los Parlamentos, la habitualidad, rapidez, continuidad de la producción reglamentaria”.<sup>271</sup>

Recordemos también que la Administración Pública realiza una actividad que se dirige a la realización inmediata y práctica de los fines y cometidos públicos, por lo cual la autoridad administrativa tiene un contacto más directo con las complejas situaciones, diversas vicisitudes y cambiantes circunstancias de la sociedad. En tal virtud, la Administración Pública debe proporcionar respuestas prácticas,

---

<sup>269</sup> Fernández Salmerón, Manuel, *op. cit.*, en nota 187, p. 208.

<sup>270</sup> Tinajero Villamar, Francisco, “La Potestad Reglamentaria”, en Salgado Pesantes, Hernán (Comp.), *La Reforma de la Constitución*, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988, p. 128.

<sup>271</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 185.

oportunas, eficaces y eficientes, muchas veces derivadas de complicados criterios técnicos.

De estas justificaciones se deriva, implícitamente, una limitación al contenido normativo de los reglamentos, pues, como destacan García de Enterría y Fernández, los reglamentos sólo pueden regular en aquellos ámbitos funcionales en los cuales la Administración Pública tiene otorgado un específico campo de actuación, esto es, en los ámbitos materialmente administrativos. No cabe, por tanto, que un reglamento regule, por ejemplo, el enriquecimiento sin causa, la sucesión por causa de muerte o los contratos de comercio, de tal modo que se dicte para aplicar normas del Código Civil o de las leyes mercantiles. A ello se suma la existencia de materias expresamente reservadas a la ley, a pesar de que la Administración Pública tenga otorgadas para esas materias ciertas competencias. Es el caso de la definición de los elementos esenciales de las contribuciones o tributos, o bien, del núcleo esencial de los derechos fundamentales.<sup>272</sup>

A estas limitaciones se suman aquellas que se derivan de los principios fundamentales del Estado de Derecho y de la garantías que ellos implican. La Administración Pública, en primer término, está sometida a la Constitución, a las leyes y a los principios generales del Derecho, como antídoto del abuso del poder y de la arbitrariedad. Se justifica, por ende, la jerarquía normativa, que impone que el reglamento se subordine a dichas normas superiores. Admitir lo contrario implicaría que facultad reglamentaria autorice a la Administración para que haga excepción del cumplimiento de los principios fundamentales y de las disposiciones constitucionales y legales, de tal modo que se produzcan situaciones de inseguridad jurídica y de peligro para la estabilidad del orden jurídico. Estos postulados explican las disposiciones de los artículos 133 de la CPEUM y 272 de la CPRE, que tienen en común obligar a los jueces a ceñirse a las disposiciones de la Constitución y de las leyes, por sobre las normas reglamentarias y cualquier

---

<sup>272</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 206-208.

otra de inferior jerarquía.<sup>273</sup> Como señala Acosta Romero, refiriéndose al artículo 133 de la CPEUM, los reglamentos, decretos y disposiciones administrativas de carácter general son normas de rango inferior al de las leyes, y por tanto, debe concluirse que éstas estarían limitadas en su contenido a no contrariar lo que disponen las leyes.<sup>274</sup>

Estas consideraciones permiten afirmar que el reglamento que infrinja las limitaciones expuestas estará viciado por el fondo y, por consiguiente, resultará absolutamente nulo y no susceptible de subsanación o convalidación. En tal virtud, refiriéndonos concretamente al Derecho ecuatoriano, la sentencia del Juez de lo contencioso administrativo que declare total o parcialmente ilegal un reglamento, producirá el efecto de su anulación y, por tanto, que sus normas sean expulsadas del ordenamiento jurídico, sin que puedan ser invocadas en el futuro. Esta consecuencia está íntimamente ligada a las características que la LJCA determina para el proceso contencioso administrativo de anulación, el cual, según dicha ley, “tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva” y que procede para solicitar la “nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal”. En términos más exactos y precisos, contra los reglamentos únicamente procede una pretensión procesal de anulación por violación del ordenamiento jurídico, y la sentencia que declare la nulidad del reglamento impugnado, consecuentemente, hará que éste

---

<sup>273</sup> CPEUM:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

CPRE:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

“En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

“La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

<sup>274</sup> Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, en nota 191, p. 1054.

pierda validez.<sup>275</sup> Como se trata de una norma jurídica, la pérdida de validez de un reglamento equivale a su expulsión del ordenamiento jurídico.

También debe tenerse presente que en el Derecho ecuatoriano, a diferencia del Derecho mexicano, no existe el principio de relatividad de las sentencias de los tribunales que juzgan a la Administración Pública por sus actos reglamentarios, razón por la cual el efecto de una sentencia que anule una norma reglamentaria es *erga omnes*, lógica consecuencia, además, del efecto de pérdida de validez de la norma.

Por último, la sentencia que declara la nulidad de un reglamento tiene únicamente efectos *ex nunc*, hacia lo venidero, sin efecto retroactivo, pues así lo impone el principio de seguridad jurídica. Este principio postula que los ciudadanos tengan la debida certeza sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro.<sup>276</sup> A diferencia de los actos administrativos –que resuelven sobre un asunto concreto y particular- el reglamento contiene normas de derecho abstractas, impersonales y generales, por lo cual sería contrario a la seguridad jurídica que el efecto de una sentencia anulatoria tenga efectos retroactivos, ya que ello produciría una pérdida de estabilidad en el ordenamiento y en las situaciones jurídicas firmes creadas en virtud de la norma que se anula.

En lo que se refiere a las demás disposiciones administrativas de carácter general (que utilizan variadas denominaciones, como instructivos, circulares, manuales, directivas, acuerdos, etcétera), su jerarquía normativa es inferior a la del reglamento, por lo cual no deben contrariar, incluso, a las normas de este

---

<sup>275</sup> Decimos que contra los reglamentos únicamente procede una pretensión procesal de anulación, o en términos de la LJCA, sólo sería procedente el contencioso administrativo objetivo. Si el administrado hubiese sufrido el menoscabo de un derecho por efecto de un reglamento ilegal, debería formular una pretensión procesal de plena jurisdicción, al tenor del artículo 2 de la LJCA:

“Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”.

<sup>276</sup> García-Escudero, Piedad, "Seguridad Jurídica", *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, 2001, CD-ROM.

último. La obligatoriedad de aquellas normas de rango inferior, en rigor, se circunscribe a lo interno de la Administración Pública, al órgano administrativo que los emite y a sus subordinados, mas no a los gobernados.<sup>277</sup> Este régimen jerárquico y ámbito de obligatoriedad determinan límites jurídicos de carácter sustancial, que de vulnerarse, harán que los instructivos, circulares, manuales, etcétera incurran en vicios de fondo y, por tanto, sean absolutamente nulos y no susceptibles de convalidación. En el Derecho ecuatoriano, la sentencia del Juez administrativo que declare tal ilicitud provocará iguales efectos que para el reglamento ilegal: expulsión del ordenamiento jurídico, sin que pueda ser tal norma jurídica invocada en el futuro.<sup>278</sup>

En el Derecho mexicano, como ya indiqué, sólo es posible impugnar mediante demanda contencioso administrativa normas jurídicas de rango inferior al reglamento, cuando sean autoaplicativas o el administrado las controvierta en unión del primer acto de aplicación, al tenor de lo que dispone el artículo 2 de la LFPCA. Esta disposición hace formular un interrogante básico: ¿la declaratoria de nulidad de una norma jurídica de rango inferior al reglamento comporta su expulsión del ordenamiento jurídico o solo favorece a quien propone la respectiva demanda? Y en relación íntima con este interrogante, ¿tiene tal declaración efectos *erga omnes* o *inter partes*? La LFPCA no contiene normas que de un modo preciso se refieran a los efectos de la declaratoria de nulidad de los denominados “actos de carácter general”, pero en el artículo 52, fracción V, inciso c) se dispone lo siguiente:

“Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa, *caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. La declaración de nulidad no tendrá otros efectos para el demandante, salvo lo previsto por las leyes de la materia de que se trate*” (Lo resaltado me pertenece).

---

<sup>277</sup> Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, en nota 193, p. 66.

<sup>278</sup> De igual manera, como antes se dijo, si un administrado sufrió violación de derechos por causa de la aplicación de un instructivo, circular o norma administrativa de rango inferior, podrá proponer una pretensión procesal de plena jurisdicción, al tenor del artículo 2 de la LJCA.

La norma citada contempla la posibilidad de una declaratoria de nulidad lisa y llana, sin más efecto que el de hacer cesar los actos de ejecución que afecten al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. Esta disposición podría considerarse repetitiva, pues la fracción II del artículo citado ya prevé la posibilidad de una declaratoria de nulidad lisa y llana, y es evidente que ésta hará cesar los actos de ejecución que afecten al demandante. Según María Concepción Martínez Godínez, esta repetición se debe a que la Cámara de Diputados realizó algunas “precisiones” al proyecto de ley que se presentó a su conocimiento el 19 de noviembre de 2003, y que terminaron con una formulación imprecisa de la disposición que se comenta. Señala Martínez Godínez que la fracción IV del artículo 53 de dicho proyecto indicaba que la sentencia definitiva podría:

“IV. Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa de *carácter general*, caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al actor, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. La declaratoria de nulidad *sólo se referirá al caso concreto, sin que tenga un alcance general respecto a la disposición reclamada*. Si el acto o resolución administrativa de carácter general anulado otorga beneficios o facilidades administrativas, éstos no serán aplicables a quien obtuvo su nulidad” (Lo resaltado me pertenece).

La autora citada observa que la disposición que actualmente consta en el inciso c) de la fracción V del artículo 52 de la LFPCA debió referirse a los denominados *actos o disposiciones de carácter general*, pero:

“[...] lo cierto es que ahora tenemos un precepto con dos fracciones referidas a la declaratoria de nulidad de la resolución impugnada, la segunda fracción con precisiones de lo que parece corresponder al Contencioso Subjetivo, por esa razón pudiera pensarse que la otra fracción corresponde a una simple declaratoria de anulación, acorde con las facultades de un Contencioso Objetivo, en donde con la simple anulación del acto se colman las pretensiones del justiciable y, por tanto,

cesan los efectos del acto administrativo que afectaban su esfera jurídica. Sin embargo, esa no fue la intención del legislador [...]”.<sup>279</sup>

A pesar de estas observaciones y de las dudas que provoca, está vigente el confuso texto del inciso c) de la fracción V del artículo 52 de la LFPCA. De su texto se puede inferir, no obstante, aquella intención de referirlo a las disposiciones administrativas de carácter general, pues hablar de “actos de ejecución” y de “actos de aplicación” hace suponer la aplicación de una norma administrativa.

Al tenor de la citada norma de la LFPCA, parecería que la declaración de nulidad de un acto de alcance general únicamente se limita a hacer cesar los *actos de ejecución* y el *primer acto de aplicación* que *afecten al demandante* sin otra consecuencia adicional. Bien podría sostenerse, entonces, que la Ley no prevé una declaratoria de nulidad con efecto *erga omnes* de una norma jurídica de origen administrativo o bien, la expulsión de ésta del ordenamiento jurídico.

No obstante, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ha considerado que sus sentencias no tienen los mismos efectos que las que se dictan en el juicio de amparo. Al resolver el caso de una resolución que impone o confirma medidas compensatorias –acto de carácter general- sostuvo que la declaración de nulidad de dicha resolución tiene efectos *erga omnes*. Como consecuencia, y en cumplimiento de la sentencia del Tribunal, la Secretaría de Economía dejó sin efecto las respectivas resoluciones, como puede verse claramente en el Diario Oficial de la Federación de martes 24 de abril de 2007.

## **2. Nulidad lisa y llana y para efectos**

En el Derecho mexicano se encuentra una interesante distinción entre la declaratoria de nulidad lisa y llana del acto impugnado y la declaratoria de nulidad para efectos, tal como se prevé en las fracciones II, III y IV del artículo 52 de la

---

<sup>279</sup> Martínez Godínez, María Concepción, “La Sentencia, sus Efectos, su Cumplimiento y la Plena Jurisdicción”, *A los LXX Años de la Ley de Justicia Fiscal*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, agosto de 2006, pp. 289-293, t. III.

LFPCA. Estas disposiciones deben correlacionarse con las causales de ilegalidad previstas en el artículo 51 *ibidem*.

### **A. Nulidad para efectos**

De conformidad con la fracción II del artículo 52 de la LFPCA, la sentencia definitiva puede:

“III. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, debiendo reponer el procedimiento, en su caso, desde el momento en que se cometió la violación”.

Por su parte, la fracción IV del artículo citado establece:

“IV. Siempre que se esté en alguno de los supuestos previstos en las fracciones II y III, del artículo 51 de esta Ley, el Tribunal declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución; en los demás casos, cuando corresponda a la pretensión deducida, también podrá indicar los términos conforme a los cuales deberá dictar su resolución la autoridad administrativa”.

Como puede observarse, la declaratoria de nulidad para efectos tiene lugar cuando se constatan los vicios de ilegalidad previstos en las fracciones II y III del artículo 51 de la LFPCA, es decir:

“II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

“III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada”.

Según señala Iturbe Rivas, la declaratoria de nulidad para efectos comporta una sentencia de condena, pues obliga a la autoridad administrativa demandada a hacer algo, esto es, a dictar una nueva resolución administrativa o a reponer el procedimiento, según el caso, lo cual sucede, respectivamente, cuando es la propia resolución impugnada la que adolece de vicios de forma, o cuando la ilegalidad se cometió durante el desarrollo del procedimiento que culminó con el acto impugnado.<sup>280</sup>

La declaratoria de nulidad para efectos observa, como es evidente, un vicio de nulidad relativa, es decir, de aquellos que no comportan una violación a los requisitos esenciales de validez. Entiendo que en estos casos la sentencia de anulación producirá el efecto de privar de eficacia al acto declarado ilegal, no obstante lo cual, éste podrá mantenerse una vez que el vicio del que adolece sea subsanado por la autoridad administrativa demandada, en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia. Precisamente, la sentencia correspondiente, como ya se dijo, impondrá a la Administración Pública la obligación de reparar la ilegalidad cometida, lo cual supone en principio que el acto no adolece de nulidad radical o absoluta, sino de nulidad relativa subsanable.

Es importante destacar, según disponen las fracciones II y III del artículo 51 de la LFPCA, que la omisión de formalidades o vicios de procedimiento producirán la nulidad para efectos siempre que se “afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada”. No se trata, por tanto, de cualquier vicio de forma o de procedimiento, sino de aquellos que, produciendo un estado de indefensión en el administrado, sean capaces de incidir decisivamente en el sentido de la resolución administrativa. De un análisis del contexto normativo del artículo 51 de la LFPCA, precisamente considerando los casos en que la norma no considera que se vulneran las defensas del particular,<sup>281</sup> este estado de

---

<sup>280</sup> Iturbe Rivas, Arturo, *op. cit.*, en nota 112 p. 190.

<sup>281</sup> Precisamente, el mismo artículo 51 de la LFPCA determina ciertos casos en que, si bien se omiten formalidades, estas no son capaces de afectar las defensas del particular.

“Artículo 51 de la LFPCA: [...]”

indefensión se produciría cuando la administración pública, por causa de acción u omisión que constituya infracción a las normas sobre formalidades o a normas sobre procedimiento, priva como consecuencia al administrado de algún elemento constitutivo del derecho de defensa, como puede ser el derecho de audiencia, de producir prueba, de que esta prueba sea considerada para efectos de la resolución, etcétera. El efecto directo de tal acción u omisión de formalidades o normas de procedimiento, y su consecuencia la indefensión, debe ser una decisión que pugne con la verdad de los hechos, o que no satisfaga debidamente el derecho del administrado. Sea el caso de un contribuyente que reclama la devolución de una contribución o tributo indebidamente pagado, y en sustento de su pretensión, presenta documentos sobre retenciones en la fuente que no se toman en cuenta por parte de la Administración, hecho este que determina la negativa de la devolución.

Cuando la sentencia ordena a la Administración Pública realizar un determinado acto o iniciar un procedimiento, conforme lo dispuesto en las fracciones III y IV del artículo 52 de la LFPCA, la autoridad debe hacerlo dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de que la sentencia quede firme. Dentro del mismo término, la autoridad debe emitir una resolución definitiva, “[...] aun

---

“Para los efectos de lo dispuesto por las fracciones II y III del presente artículo, se considera que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada, entre otros, los vicios siguientes:

“a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.

“b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

“c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.

“d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.

“e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsa a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

“f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos”.

cuando, tratándose de asuntos fiscales, hayan transcurrido los plazos señalados en los artículos 46-A y 67 del Código Fiscal de la Federación”. Esto último se debe a que las normas del Código a las que se remite la LFPCA disponen que cuando el contribuyente ha promovido un proceso, se suspenderá hasta que exista sentencia el plazo de caducidad previsto para el ejercicio de facultades de comprobación de la Administración Tributaria. En caso de que la autoridad administrativa no dicte una resolución definitiva en los plazos previstos en el artículo 52 de la LFPCA, se produce la caducidad de sus facultades, a menos que tal resolución, con motivo de la sentencia, sea necesaria para conferir una prestación, reconocer un derecho o abrir la posibilidad de obtenerlo.

Especial referencia merece la disposición de la fracción II del artículo 51, en cuanto alude a la “ausencia de fundamentación o motivación”. En este caso, al tenor de la fracción IV del artículo 52, se entiende que la sentencia declarará la nulidad para efectos. En principio, la ausencia de fundamentación o motivación es contraria a la garantía constitucional prevista en el artículo 16 de la CPEUM, pues es derecho de los ciudadanos que la autoridad administrativa actúe de modo racional y conforme a derecho cuando se afecte a las personas, a sus familias, al domicilio, papeles o posesiones. Parecería que un acto administrativo que carezca de fundamentación y motivación debería ser considerado absolutamente nulo, precisamente, por ser inconstitucional, de tal forma que lo procedente sería una sentencia que declare la nulidad lisa y llana. No obstante, conforme explica Iturbe Rivas, perfectamente puede ocurrir que la autoridad administrativa, cuando sus facultades son regladas, tenga la obligación inexcusable de dictar un acto administrativo que resuelva sobre un asunto, caso en el cual no podría eximirse, a guisa de falta de fundamentación y motivación, de cumplir con el deber de resolver que le impone el ordenamiento jurídico. Igual circunstancia se presenta en los casos en que existe una solicitud del administrado, ya que de conformidad con el derecho constitucional de petición, la autoridad debe dictar una resolución. Lo lógico, por consiguiente, es que la sentencia que dicte el Tribunal sea para efectos de que se dicte un acto debidamente motivado y fundamentado que resuelva el asunto sometido a decisión de la autoridad administrativa. Por el contrario, cuando

la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales, el Tribunal, que sólo puede hablar en nombre del derecho y no puede invadir las esferas de actuación propias de los demás órganos constitucionales, no podrá ordenar que la Administración Pública dicte un nuevo acto o cumpla con alguna disposición. Es evidente que si existe una facultad discrecional, y en su ejercicio se dictó un acto viciado, la sentencia deberá declarar, conforme a derecho, la nulidad lisa y llana, pero no la nulidad para efectos, pues la Administración Pública debe conservar intactas sus facultades de decisión, esto es, de dictar un nuevo acto, con el contenido y alcance que considere conveniente, en función de sus atribuciones discrecionales de apreciación de las circunstancias y de la oportunidad.<sup>282</sup>

### **B. Nulidad lisa y llana**

La declaratoria de nulidad lisa y llana se traduce en la resolución jurisdiccional que establece que el acto impugnado no puede producir efecto legal alguno. Este tipo de sentencias, en principio, no imponen una obligación específica a la autoridad administrativa demandada.<sup>283</sup>

La nulidad lisa y llana es procedente cuando el acto impugnado no puede ser convalidado o subsanado, es decir, cuando adolece de nulidad absoluta. En atención al contexto de la LFPCA y, precisamente, a lo que dispone la fracción IV del artículo 52, en concordancia con el artículo 51, tales vicios serían la incompetencia, la falta de cumplimiento del presupuesto de hecho previsto por la ley para dictar el acto, la desviación de poder (artículo 51, fracciones I, IV y V), y en general, vicios de fondo, como el objeto y contenido ilícitos o no determinados y la violación del ordenamiento jurídico.

La sentencia que declare la nulidad lisa y llana tiene un carácter declarativo: constata el vicio del que adolece el acto, y por tanto, lo elimina del mundo jurídico.

---

<sup>282</sup> Iturbe Rivas, Arturo, *op. cit.*, en nota 112, pp. 191-192.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 193.

Sin embargo, la LFPCA, aun cuando exista una declaración de nulidad lisa y llana del acto que se impugnó en un proceso contencioso administrativo, deja a salvo la posibilidad del ejercicio lícito de las facultades de la Administración Pública. Es el caso previsto en el inciso a) de la fracción I del artículo 57, que dispone:

“Tratándose de la incompetencia, la autoridad competente podrá iniciar el procedimiento o dictar una nueva resolución, sin violar lo resuelto por la sentencia, siempre que no hayan caducado sus facultades. *Este efecto se producirá aun en el caso de que la sentencia declare la nulidad en forma lisa y llana*” (Lo resaltado me pertenece).

Según puede observarse, la autoridad competente no pierde su facultad de dictar un acto administrativo, que podría incluso ser de igual contenido al acto que se anuló por ser dictado por la autoridad incompetente, siempre y cuando se respete el contenido de la sentencia y dicho acto acate los demás requisitos de validez que exige el ordenamiento jurídico. En rigor, la imposibilidad de dictar el acto administrativo afecta únicamente a la autoridad incompetente, quien jurídicamente no está habilitada para dictarlo, pero esta inhabilidad no se extiende a la autoridad competente, esto es, a la que tiene aptitud legal.

De igual manera, una sentencia que declare la nulidad lisa y llana del acto impugnado no obsta el ejercicio lícito de las facultades discrecionales de la autoridad administrativa, ámbito éste en el cual no puede tener incidencia el Juez. Como dicen los dos últimos párrafos del inciso b) del artículo 57 de la LFPCA:

“Si la autoridad tiene facultades discrecionales para iniciar el procedimiento o para dictar una nueva resolución en relación con dicho procedimiento, podrá abstenerse de reponerlo, siempre que no afecte al particular que obtuvo la nulidad de la resolución impugnada.”<sup>284</sup>

---

<sup>284</sup> Según la norma que se cita, y como ya se explicará en el siguiente capítulo, este condicionante que se expresa en la frase “siempre que no afecte al particular que obtuvo la nulidad de la resolución impugnada” supone necesariamente que ya no existen facultades discrecionales,

“Los efectos que establece este inciso se producirán sin que sea necesario que la sentencia lo establezca, aun cuando la misma declare una nulidad lisa y llana”.

Es evidente que la autoridad administrativa que ostenta facultades discrecionales no puede actuar al margen del derecho. Si la Administración Pública decide dictar un nuevo acto administrativo o se obliga a reponerlo en el caso del inciso d) de la fracción I del artículo 57 de la LFPCA, debe respetar elementos estrictamente reglados que rigen el ejercicio legítimo de las facultades discrecionales, como son la competencia, el acomodamiento a los fines previstos en el ordenamiento jurídico, la constatación de los hechos que condicional el ejercicio de tales facultades, la conformidad con los principios generales del derecho y el acatamiento de los requisitos de fundamentación y motivación.<sup>285</sup>

### **C. Reconocimiento y reparación de derechos**

Cuando se trata de pretensiones procesales de plena jurisdicción, la sentencia adversa a la Administración Pública, además de contener una declaración de invalidez del acto impugnado, puede también tener un carácter constitutivo, cuando la pretensión procesal se dirige al reconocimiento de un derecho subjetivo del administrado demandante, o bien un carácter condenatorio, cuando se dispone que la autoridad administrativa repare un derecho violado. Al respecto, el artículo 23 de la LJCA ecuatoriana dispone:

“Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:  
[...]

---

sino que es obligatorio, en razón de estar en juego un derecho, iniciar un procedimiento y dictar una resolución.

<sup>285</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, pp. 475-485.

“c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma”.

En el Derecho mexicano, los incisos a) y b) de la fracción V del artículo 52 disponen que la sentencia definitiva podrá:

“V. Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además:

“a) Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa.

“b) Otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados”.

En estos casos considero que la sentencia, en cuanto declara la invalidez del acto administrativo impugnado que lesiona o no reconoce un derecho, contendrá una declaración de nulidad lisa y llana.<sup>286</sup> Tal acto administrativo, por ser incompatible con la efectiva vigencia de un derecho subjetivo del administrado, debe necesariamente extinguirse, sin posibilidad de convalidación. Sostener lo contrario implicaría mantener la vulneración o no reconocimiento del derecho en juego. Además de dicha declaración, la sentencia impondrá a la Administración Pública la obligación de restituir el derecho subjetivo violado o de cumplir con una prestación, de manera que deberá dictar todas las disposiciones necesarias que hagan honor al derecho reclamado.

### **3. Efectos económicos: condena en costas y condena al pago de indemnizaciones**

En el Derecho ecuatoriano, de conformidad con el artículo 285 del CPC, norma supletoria de la LJCA, “El Estado nunca será condenado en costas; pero se

---

<sup>286</sup> Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, *Teoría y Práctica del Contencioso Administrativo Federal*, 9a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 300.

podrá condenar al pago de ellas al Procurador o al Fiscal que hubiese sostenido el pleito de mala fe o con temeridad notoria”. La condena en costas se reserva expresamente para el administrado demandante que hubiera litigado de mala fe, o propuesto la demanda con el propósito de dilatar un procedimiento administrativo.

En el Derecho mexicano, en principio, de conformidad con el artículo 6 de la LFPCA, no existe condena en costas en el proceso contencioso administrativo, de tal manera que “Cada parte será responsable de sus propios gastos y los que originen las diligencias que promuevan”. Sin embargo, al igual que en el Derecho ecuatoriano, la Administración Pública no podrá ser condenada al pago de costas, sino por el contrario, el administrado que controvierta resoluciones con afán puramente dilatorio, es decir:

“[...] cuando al dictarse una sentencia que reconozca la validez de la resolución impugnada, se beneficia económicamente por la dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento, siempre que los conceptos de impugnación formulados en la demanda sean notoriamente improcedentes o infundados. Cuando la ley prevea que las cantidades adeudadas se aumentan con actualización por inflación y con alguna tasa de interés o de recargos, se entenderá que no hay beneficio económico por la dilación”.

La LFPCA, a diferencia de la LJCA, incorpora una interesante disposición cuando establece que la Administración Pública será condenada al pago de indemnizaciones a favor del demandante, en los siguientes supuestos previstos en el citado artículo 6:

“La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando:

“I. Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia.

“II. Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si la jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave.

“III. Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de esta Ley.

“La condenación en costas o la indemnización establecidas en los párrafos segundo y tercero de este artículo se reclamará a través del incidente respectivo, el que se tramitará conforme lo previsto por el cuarto párrafo del artículo 39 de esta Ley”.

Estos preceptos son acertados pues la Administración Pública está plenamente subordinada al ordenamiento jurídico, y en tal virtud, mal puede admitirse que defienda, a ultranza, un acto suyo que adolece de vicios e ilegalidades graves. Una Administración Pública respetuosa de la ley, frente a una demanda en que sustente la existencia de graves infracciones, tiene el deber de allanarse. Si no lo hace y esto perjudica al administrado, el pago de indemnizaciones se impone por elemental justicia.

#### ***4. Sustitución del acto impugnado en su cuantía o cuando se imponen sanciones***

Los dos últimos párrafos de la fracción IV del artículo 52 de la LFPCA disponen:

“En los casos en que la sentencia implique una modificación a la cuantía de la resolución administrativa impugnada, la Sala Regional competente deberá precisar, el monto, el alcance y los términos de la misma para su cumplimiento.

“Tratándose de sanciones, cuando dicho Tribunal aprecie que la sanción es excesiva porque no se motivó adecuadamente o no se dieron los hechos agravantes de la sanción, deberá reducir el importe de la sanción apreciando libremente las circunstancias que dieron lugar a la misma”.

Estas normas contemplan la posibilidad de que el Tribunal Federal sustituya a la autoridad administrativa, de tal modo que la sentencia correspondiente, sin necesidad de reenvío, contendrá, bien la definición de la cuantía justa de la resolución impugnada, bien la sanción adecuada a la infracción cometida. Esto resulta beneficioso porque evita demoras en la precisión de la situación jurídica del administrado, sin el injustificado retraso que implicaría una nueva remisión a la autoridad administrativa para que corrija los errores de apreciación cometidos.<sup>287</sup>

##### **5. Efectos de las sentencias de ejecución de lo ganado por silencio administrativo**

Como ya expuse más arriba, en el Derecho ecuatoriano, por obra de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se creó la interesante doctrina que propugna que el silencio administrativo de efectos positivos da lugar a un derecho autónomo, de tal modo que las pretensiones procesales dirigidas a hacer valer lo ganado por silencio dan lugar a un *sui géneris* proceso contencioso administrativo de ejecución. También advertí en su momento que este proceso de ejecución procede siempre que lo ganado por silencio sea conforme a Derecho, lo cual debe determinarse de antemano para ordenar en sentencia cualquier medida que deba cumplir la Administración Pública demandada.<sup>288</sup>

La sentencia de ejecución favorable a un particular será aquella que constate previamente que lo ganado por efecto del silencio administrativo es lícito, y por tanto, que vincula a la Administración Pública. Una vez constatada dicha licitud, caben dos supuestos:

*a. Que no exista una resolución expresa tardía.* En este supuesto, la sentencia no declarará la invalidez de acto administrativo alguno, sino que únicamente contendrá un mandamiento dirigido a la Administración Pública para que conceda al particular lo que solicitó, o bien, para que se otorgue la pretensión

---

<sup>287</sup> Cfr. Martínez Godínez, María Concepción, *op. cit.*, en nota 279, pp. 286-288.

<sup>288</sup> Véase, *supra* número III, acápite 4.

que el administrado formuló en la reclamación o recurso administrativo que no fueron oportunamente atendidos. En este último caso, considero que habría por incidencia o de modo indirecto una declaratoria de invalidez de un acto administrativo, en aquellos casos en que la pretensión formulada previamente en la vía administrativa consista en que se deje sin efecto o revoque tal acto. También podría suceder que el administrado haya solicitado en vía administrativa la reforma de un acto, situación esta que implica que la sentencia ordene lo correspondiente.

En todos estos casos, en suma, la sentencia de los jueces de lo administrativo tiene por efecto disponer que la Administración Pública realice una prestación o efectiva acción a favor del administrado demandante que alega que operó en su beneficio el silencio administrativo positivo.

*b. Que exista una resolución expresa tardía de signo contrario a lo ganado por el silencio administrativo.* En este preciso supuesto, la sentencia deberá declarar que lo solicitado o pretendido por el administrado demandante ha sido concedido por el ministerio de la ley por efecto del silencio administrativo positivo, y además, anulará la resolución expresa tardía que sea contraria a dicho efecto. Posteriormente, se deberá ordenar que la Administración Pública demandada realice las debidas prestaciones o efectivas acciones que hagan realidad el derecho del demandante.

## CAPÍTULO QUINTO

### MECANISMOS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Lo tratado en los capítulos anteriores brinda un marco teórico que sirve de contexto para el desarrollo del tema de la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo. He explicado, en primer término, los fundamentos del control jurisdiccional de la Administración Pública a la luz de los principios fundamentales del Estado de Derecho. Posteriormente, destacué las características del proceso contencioso administrativo y su clasificación, para luego especificar las propiedades y singularidades de la sentencia que se dicta en dicho proceso y sus particulares efectos.

El proceso contencioso administrativo tiene por finalidad lograr el pleno sometimiento de la Administración al Derecho y la efectiva vigencia y eficacia de los derechos de los administrados. Tutela de la juridicidad y de los derechos de los administrados, inseparablemente, componen el aspecto teleológico del proceso contencioso administrativo, aspecto que se traduce en una garantía para el administrado, íntimamente conjugada con el interés general.

Ahora bien, debe tenerse presente que la sentencia es el acto procesal de mayor trascendencia en el proceso contencioso administrativo. Como señala Jesús González Pérez:

“La importancia de la sentencia es enorme. Basta pensar que, al ser el acto de terminación normal del proceso, por medio de ella cumple el Estado el deber de administrar justicia y juzgar las controversias administrativas [...] Por eso ha podido decirse que ‘la doctrina de la sentencia compendia en sí la doctrina de todo procedimiento, y un trato de tal especie sería, en último término, el tratado de derecho procesal’ ”.<sup>289</sup>

---

<sup>289</sup> Jesús González Pérez, *op. cit.*, en nota 87, p. 326. Hay una cita de Alfredo Rocco, *La sentencia civil*, traducción de Mariano Ovejero, México, Ed. Stylo, 1944, p. 13.

Esta importancia doctrinaria de la sentencia debe reflejarse en su puesta en práctica, es decir, en las posibilidades de cumplimiento de lo que el Juez dispone, con un énfasis muy especial cuando esa disposición es adversa a la Administración Pública. En efecto, del cumplimiento de la sentencia y de la calidad de los mecanismos de ejecución depende, en último término, no sólo la eficacia del proceso contencioso administrativo, sino también la plena vigencia de los postulados fundamentales que lo explican y justifican.

En un Estado de Derecho, la Administración Pública debe cumplir las sentencias que le son adversas, y lo deseable sería un cumplimiento voluntario. Sin embargo, sería ingenuo creer que los solos postulados teóricos, por más fundamentales que sean, son un móvil suficiente para el acatamiento espontáneo. Si la autoridad incurrió en arbitrariedad con el acto que se juzgó en el proceso contencioso administrativo, abuso fue observado en una sentencia desfavorable para la Administración Pública, es perfectamente posible que la misma arbitrariedad invite a eludir sus consecuencias jurídicas, más aun, cuando quien debe soportarlas ostenta el poder público.

Las posibilidades de ejecución práctica, real y efectiva de la sentencia desfavorable a la Administración Pública son un termómetro que mide, en la realidad, la vigencia de los principios que fundamentan al proceso contencioso administrativo. Por estas razones, el Juzgador debe contar con los recaudos jurídicos necesarios para hacer cumplir sus decisiones, pues de esta manera hará eficaz el postulado del mutuo control entre los órganos constitucionales del Estado que proviene del principio de división de funciones. Así mismo, la ejecución de la sentencia hace posible hablar de plena sumisión al ordenamiento jurídico y de respeto a los derechos de los administrados, pues la sentencia es expresión del Derecho en el caso concreto sometido a conocimiento y resolución del Juez. Por último, un adecuado sistema de ejecución hace viva la responsabilidad jurídica de la Administración Pública, ya que le hace asumir las consecuencias de sus actos.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales que rigen a la actividad jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como uno de

sus elementos esenciales al debido cumplimiento de los fallos judiciales.<sup>290</sup> Propiamente, ninguna tutela judicial puede calificarse de efectiva si el fallo recaído en un proceso no se cumple, situación esta que niega por completo la realización de la justicia y que debe ser evitada por el legislador mediante el otorgamiento de los suficientes poderes de ejecución a los jueces y a través de la previsión de mecanismos suficientes para que los fallos se acaten en debida forma.

El deber de acatar los fallos judiciales presenta una particular problemática cuando la parte condenada es la autoridad administrativa, pues quien ostenta el poder público tiene todos los mecanismos de elusión imaginables y, verdaderamente, no se tienen los mismos instrumentos de ejecución en los casos de sentencias adversas a los particulares.<sup>291</sup>

De lo dicho resulta que la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso administrativo es una exigencia que se deriva de los principios del Estado de Derecho, los cuales, desde una perspectiva humanista, son expresión del cabal respeto a los derechos de los administrados. El incumplimiento de la sentencia, y la falta de mecanismos procesales idóneos y eficaces para forzar a la Administración a acatar lo decidido por el Juez, significa, en la práctica, un quebrantamiento manifiesto de los principios fundamentales del Estado de Derecho, además de que refleja la inoperancia del sistema de garantías que constituye el proceso contencioso administrativo. Por otra parte, y desde el punto de vista de los derechos fundamentales que rigen al sistema procesal, cabe considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como uno de los elementos de su núcleo esencial al cumplimiento ineludible de los fallos judiciales. En atención a este panorama jurídico, se plantea la cuestión de la calidad de los

---

<sup>290</sup> Javier Pérez Royo, *op. cit.*, en nota 73, p. 496.

<sup>291</sup> En efecto, la ejecución de la sentencia es uno de los aspectos sobre los cuales gira la eficacia y efectividad del control judicial de la Administración, *puesto que una vez dictado el fallo, corresponde a aquélla cumplirla*. Afirma Consuelo Sarría (*op. cit.*, en nota 10, p. 44): “Cuando la sentencia es favorable a la administración y contraria al particular, su ejecución no tendrá mayor demora, ya que la administración no tendrá ningún inconveniente en su cumplimiento, pues, para ello, cuenta con todas las prerrogativas que le son propias. El problema surge cuando la sentencia es en contra de la administración y es entonces, cuando se pone en duda la eficacia del control judicial, pues realmente, éste no lograría sus efectos, si no se asegura debidamente la ejecución de las decisiones en que se concreta”.

mecanismos de ejecución las sentencias, pues de ellos depende la efectividad de dicho derecho fundamental, de tal forma que llegan a ser una garantía del mismo.

A continuación, me referiré a los mecanismos de ejecución de sentencias que prevén los ordenamientos de México y Ecuador, además de que haré una exposición sobre los métodos que adoptan las legislaciones de Francia y España. Esta visión comparada pretende, ante todo, contar con una *herramienta de análisis crítico*, que será útil para los posteriores desarrollos que abordará este trabajo, especialmente, a través de la observación de cómo la doctrina y legislación de otros países han logrado una superación de los condicionamientos dogmáticos que inciden en la eficacia de los mecanismos de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo.

Adelantándome a lo que más adelante expresaré, advierto que este análisis de soluciones previstas en otras legislaciones únicamente funciona como una *herramienta para un estudio crítico* de los mecanismos de ejecución de sentencias previstos en las legislaciones de México y de Ecuador. De ningún modo propongo el imprudente arbitrio de la copia de modelos extranjeros que podrían ser incompatibles con las realidades mexicana y ecuatoriana. El punto de control para evitar tal imprudencia está dado por un ejercicio que consiste en constatar deficiencias, confrontarlas con aportes técnicos de otras legislaciones y resaltar la superación de trabas que provienen de criterios cuestionables y susceptibles de un replanteamiento. El propósito es proponer las bases teóricas de un sistema de ejecución de sentencias que sea acorde con los principios fundamentales reconocidos por las legislaciones mexicana y ecuatoriana.

## **I. EN EL DERECHO MEXICANO**

### **1. *Situación anterior a la expedición de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo***

El primer antecedente del sistema procesal administrativo vigente en México lo encontramos en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, que creó el Tribunal Fiscal de

la Federación.<sup>292</sup> Este órgano jurisdiccional, que formaba parte del Poder Ejecutivo, se diseñó según los parámetros del sistema francés de justicia delegada, como puede apreciarse en el artículo 1 de la Ley:

“Artículo 1º Se crea el Tribunal Fiscal de la Federación con las facultades que esta ley le otorga.

“El Tribunal Fiscal dictará sus fallos en representación del Ejecutivo de la Unión, pero será independiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de cualquiera otra autoridad administrativa”.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> El proceso contencioso administrativo mexicano tiene otros precedentes, por ejemplo, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo de 25 de mayo de 1853 (Ley Lares); o la Ley para la Calificación de las Infracciones a las Leyes Fiscales y la Aplicación de la Penas Correspondientes de 18 de abril de 1924, que organizaban el Jurado de Infracciones Fiscales; o bien, la Ley de Ingresos Vigentes sobre Sueldos, Salarios, Emolumentos, Honorarios y Utilidades de las Sociedades y Empresas de 21 de febrero de 1924, que creó la Junta revisora del Impuesto sobre la Renta. Sin embargo, estos precedentes no pueden considerarse propiamente como elementos que hayan incidido de un modo decisivo o definitivo en la formación del vigente proceso contencioso administrativo mexicano, bien por su pugna con la Constitución y efímera duración, o bien, debido a que no lograron consolidar un sistema ordenado. Véase al respecto, Cervantes Montenegro, Joaquín, *El cumplimiento de las sentencias que emite el Tribunal Fiscal de la Federación*, México, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 1988, pp. 17-48.

Sobre la evolución histórica del proceso contencioso administrativo mexicano, véase también Vázquez Alfaro, José Luis, *Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/467/7.pdf>, pp. 125 y ss.

<sup>293</sup> Estados Unidos Mexicanos, Tribunal Fiscal de la Federación, “Ley de Justicia Fiscal”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Ensayos de Derecho Administrativo y Tributario para Conmemorar el XXV Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, primer número extraordinario, México, 1969, pp. 26-27.

Como en su momento explicaré, el sistema francés es de *carácter administrativo*, es decir, que el conocimiento y decisión de las controversias administrativas se confía a un órgano que pertenece a la Función Ejecutiva: el Consejo de Estado. En la evolución de este sistema existen dos modalidades: de jurisdicción retenida y de jurisdicción delegada. En sus inicios, según la modalidad de justicia retenida, el Consejo de Estado no resolvía la controversia, sino que preparaba un proyecto de resolución que debía ser aprobado por el respectivo ministro o por el Jefe de Estado. Posteriormente, según la modalidad de justicia delegada, el Consejo de Estado tendrá competencia para resolver por sí mismo las controversias que provocaba la actuación administrativa.

En lo que se refiere al Tribunal Fiscal de la Federación, la exposición de motivos insiste en que se trata de un órgano jurisdiccional que juzga a través de un proceso: “La ley llama juicio y no recurso a la instancia al Tribunal. El recurso supone, en efecto, continuidad dentro de un mismo procedimiento. Con la instancia al Tribunal, por el contrario, se pasará de la actuación oficiosa de la Administración, a la fase contenciosa, según antes indicábase o, en general, de la actuación administrativa a la actuación jurisdiccional. El Tribunal obrará siempre dentro del cauce de un proceso”. Estados Unidos Mexicanos, Tribunal Fiscal de la Federación, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 21.

La explicación del sistema se encuentra en la exposición de motivos:

“El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de Poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos); pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese Poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida. Ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa tendrán intervención alguna en los procedimientos o en las resoluciones del Tribunal. Se consagrará así, con toda precisión, la autonomía orgánica del cuerpo que se crea; pues el Ejecutivo piensa que cuando esa autonomía no se otorga de manera franca y amplia, no puede hablarse propiamente de una justicia administrativa”.<sup>294</sup>

La competencia del Tribunal se circunscribía a la materia fiscal (artículo 13), y el proceso reunía las características propias de un contencioso de anulación, como destaca la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal:

“El contencioso que se regula será lo que la doctrina conoce con el nombre de contencioso de anulación. Será el acto y a lo sumo el órgano, el sometido a la jurisdicción del Tribunal, no el Estado como persona jurídica. El Tribunal no tendrá otra función que la de reconocer la legalidad o la de declarar la nulidad de actos o procedimientos. Fuera de esa órbita, la Administración Pública conserva sus facultades propias y los tribunales federales, y concretamente la Suprema Corte de Justicia, su competencia para intervenir en todos los juicios en que la Federación sea parte”.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 19.

Como atestigua la exposición de motivos, la Ley de Justicia Fiscal se enfrentó a varias problemáticas, a saber:

a. Justificar su conformidad con la vieja fórmula constitucional –aun vigente– que establece el principio de división de poderes, y concretamente, que expresa que dichos poderes no se pueden reunir en una sola persona o corporación;<sup>296</sup>

b. Demostrar la legitimidad de la presencia de un tribunal administrativo en un sistema tradicionalmente judicial como es el mexicano; y,

c. Explicar la convivencia del proceso contencioso administrativo con el juicio de garantías o amparo, el cual era considerado por un importante sector de la doctrina como la vía idónea para conocer y resolver las controversias administrativas en virtud de que la Constitución establece, como derecho fundamental, la garantía de legalidad.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> La antigua fórmula –que en sus conceptos fundamentales se encuentra presente en el artículo 9 del Acta Constitutiva de la Federación de 1824– se recoge en el artículo 49 de la Constitución vigente: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

“No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.

<sup>297</sup> En virtud de que la Constitución mexicana establece como derecho fundamental a la garantía de legalidad, un importante sector de la doctrina mexicana de los siglos XIX y XX advierten la suficiencia del amparo para resolver asuntos contencioso administrativos.

Según José María del Castillo Velasco, “Como regla general puede asegurarse que todo lo que constituye las cuestiones de lo contencioso-administrativo, se resuelve en México por el recurso de amparo”. El mismo autor sostiene: “Todo agravio que en el procedimiento ó decisión administrativa pudiera ocasionarse al individuo encuentra su reparación en el juicio de amparo, porque siendo de los derechos del hombre el de no ser molestado en su persona, familia, papeles y posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, el de no ser juzgado ni sentenciado sino por leyes anteriores y exactamente aplicadas al caso, el de que la aplicación de las penas sea facultad exclusiva de la autoridad judicial, y dividido el ejercicio del poder público en legislativo, ejecutivo y judicial y prohibidos los tribunales especiales, como son los de lo contencioso administrativo, no es posible que pudieran establecerse tribunales de este género ni violarse impunemente el derecho individual”. Del Castillo Velasco, José María, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, t. II, pp. 274-275.

Por su parte, Ignacio Burgoa, refiriéndose a los artículos 14 y 16 constitucionales, dice: “[...] nuestro juicio de amparo es una *institución total* que, merced a su centenaria evolución, ha superado las desventajas que representa un sistema parcializado de protección constitucional. Gracias a su objetivo genérico, el amparo equivale al *hábeas corpus* del derecho anglosajón; al recurso de ‘exceso de poder’ francés; a los recursos de ‘inconstitucionalidad de leyes’ imperante en algunos países; a los diferentes ‘writs’ norteamericanos; a la casación; en una palabra, a cualquier

Las posibles objeciones se enfrentan, precisamente, en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal, que realiza un especial esfuerzo por justificar la legitimidad del Tribunal Fiscal de la Federación y del sistema procesal que contiene. De mi parte, luego de un estudio y análisis muy detenido de los argumentos que contiene la exposición de motivos, y muy especialmente, considerando los elementos doctrinarios que invoca, me permito afirmar –dejando a salvo mejor opinión- que el Tribunal Fiscal de la Federación no se creó únicamente por razones de garantía de la legalidad y de los derechos de los contribuyentes –propósito que no está en tela de juicio- sino que también es posible apreciar el otorgamiento a la Administración Tributaria del privilegio que constituye contar con una *esfera autónoma de juzgamiento de sus propios actos*, lo cual trae como consecuencia práctica un límite a la intervención del Poder Judicial de la Federación. Esta afirmación se refuerza, justamente, con la observación del singular sistema de ejecución de sentencias adversas que se prevé en la Ley de Justicia Fiscal, como en su oportunidad observaré.

La demostración de la afirmación planteada surge del hilo argumentativo de la propia exposición de motivos. Como ya dije, ésta hace frente, desde un inicio, a las objeciones de inconstitucionalidad que pudiesen plantearse en contra del sistema que instituye, sobre todo, para legitimar la presencia de un tribunal administrativo dentro de un sistema tradicionalmente judicial. Apelando a la interpretación del artículo 22 constitucional que ofrece la jurisprudencia de la Suprema Corte, se destaca que las controversias derivadas del ejercicio de las

---

medio jurídico de que pueda valerse el gobernado para imponer en su favor el respeto al orden constitucional. Es tan amplio el objeto tutelar del amparo, que nos atrevemos a afirmar que no existe la menor duda de que sería muy difícil inventar un recurso defensivo de la constitucionalidad que no estuviera de antemano comprendido en nuestra maravillosa institución”. Burgoa, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 34a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 147.

Por último, según criterio de Acosta Romero, la creación de tribunales administrativos fue un antojo que no consideró que en México existe el amparo: “Históricamente la inserción de los tribunales administrativos en el sistema jurídico mexicano; consideramos que fue un capricho de quienes en su momento decidieron copiar el sistema francés de tribunales administrativos, sin tomar en cuenta que en México tenemos un instrumento de defensa del particular tan importante e inserto en la experiencia mexicana, como es el juicio de amparo. En su momento (1936) fue muy cuestionada la existencia de esos tribunales y hubo necesidad de reformar la Constitución (artículo 104, fracción I, último párrafo) para prever expresamente su creación que ahora está en texto del artículo 73, fracción XXIX, inciso H”. Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, en nota 191, p. 648.

facultades de determinación y recaudación de la Administración Tributaria (llamadas “facultades económico-coactivas”) pueden ser conocidas y resueltas por un órgano que no pertenezca a la Función Judicial.<sup>298</sup> También es importante destacar que se tiene en cuenta la situación de una legislación tributaria desordenada, que en el tema de la liquidación y el cobro de los impuestos y demás prestaciones fiscales, “[...] presenta interferencias carentes de todo apoyo jurídico o de utilidad práctica, entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas [...]”. Es por estas razones, que la exposición de motivos propone un sistema “lógico y congruente”

“[...] en el que, sin que se olviden las garantías que el particular necesita, haya un conjunto de principios que ordenen y regulen la liquidación y el cobro de tales prestaciones a través de los dos períodos que la doctrina reconoce: el período oficioso y el período contencioso, que es el que tendrá a su cargo el Tribunal”.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> La exposición de motivos alude a los problemas jurídicos que enfrentó la “facultad económico-coactiva” en el siglo XIX, la cual –según dice la exposición– sólo se consideraba constitucional si la autoridad administrativa no resolvía ningún punto contencioso, “[...] reservando todo aquel que tenga ese carácter al juicio que debería de seguirse ante los tribunales federales [...]”. Estados Unidos Mexicanos, Tribunal Fiscal de la Federación, *op. cit.*, en nota 293 p. 14.

El cambio de criterio de la Suprema Corte que sustenta los argumentos de la exposición de motivos se aprecia en la siguiente jurisprudencia: “La Suprema Corte, en diversas ejecutorias, ha establecido la jurisprudencia de que la facultad económico coactiva no está en pugna con el artículo 14 constitucional, y que, por lo mismo, es perfectamente legítima; y que tampoco lo está con el artículo 22 de la Carta Federal, porque éste dice que no es confiscatoria la aplicación de bienes para el pago de impuestos y multas, y como las autoridades administrativas están facultadas para cobrar esos impuestos y multas, y para aplicar bienes con esos objetos, es evidente que el artículo 22, al hablar de aplicación de bienes para el pago de impuestos y multas, se refirió precisamente a la que hacen las autoridades administrativas”. Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=391338&cPalPrm=FACULTAD,ECONOMICO,COACTIVA,&cFrPrm=>

<sup>299</sup> Estados Unidos Mexicanos, Tribunal Fiscal de la Federación, *op. cit.*, en nota 293, p. 14. Esta situación de “desorden” la pone de manifiesto Cervantes Montenegro luego de un análisis de varias figuras, como el Jurado de Infracciones Fiscales, el Jurado de Revisión del Distrito Federal y la Junta de Impuesto sobre la Renta: “[...] la Justicia Administrativa antes de la expedición de la Ley de Justicia Fiscal, guardaba un estado confuso que no ofrecía al administrado medios prácticos y eficaces de defensa, contra las resoluciones que se dictasen en materia fiscal y en las que se conculcaran sus legales intereses y derechos, así como se velara para salvaguardar el legítimo interés público [...]”. Cervantes Montenegro, Joaquín, *op. cit.*, en nota 292, p. 48.

Es muy llamativo el razonamiento que alude al “período oficioso” y al “período contencioso”, que mucho recuerda a la distinción que la vieja doctrina española hace entre lo “gubernativo” y lo “contencioso”. Según dicha doctrina los órganos de la propia Administración reservan para sí, como competencia propia, la resolución las controversias que se producen como resultado del ejercicio de las facultades propias del “período oficioso”.<sup>300</sup> Ahora bien, aquella alusión a los problemas que suscitan las “interferencias entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas”, y sobre todo, el diseño de un sistema en el cual el Tribunal Fiscal de la Federación se instituye como tribunal administrativo de justicia delegada que se ocupará del “período contencioso”, permite afirmar que la Ley de Justicia Fiscal concedió a la Administración Tributaria el privilegio de limitar la intervención de la Función Judicial en sus labores propias, o en otros términos, dotar a la Administración Tributaria de un *ámbito autónomo en lo que se refiere a la resolución de las controversias en las que es parte*.<sup>301</sup>

Es evidente que este sistema podía provocar la doble tacha de contrariar el principio de división de funciones previsto en la Constitución y de obstaculizar la acción judicial a través del juicio de amparo. Por ello, la exposición de motivos destaca que lo siguiente:

---

<sup>300</sup> Según esta doctrina –a la cual ya tendré la oportunidad de referirme en este mismo capítulo– lo “gubernativo” comprende toda aquella gestión que, sin estrépito de juicio, realiza la autoridad administrativa dentro de sus facultades administrativas propias; mientras que lo “contencioso” constituye aquella fase en que la propia autoridad administrativa resuelve, mediante formal juicio contradictorio, las controversias que el ejercicio de dichas facultades administrativas pueden ocasionar con los particulares. No está de menos advertir que la doctrina española a la que se hace referencia responde a las circunstancias históricas y políticas muy propias de España y, sobre todo, a las ideas presentes en dicho país, las mismas que propugnaban el postulado de que juzgar a la Administración es parte de la tarea de administrar. Véase, en este mismo capítulo, infra número III, acápite 2, especialmente lo dicho en la nota 392 y la cita que corresponde a la nota 393.

<sup>301</sup> ¿Por qué precisamente en materia tributaria y no otros asuntos contencioso administrativos? Se puede explicar esta limitación por la importancia que tiene el régimen financiero para cumplir los cometidos estatales, satisfacer necesidades públicas, y evidentemente, mantener en funcionamiento el aparato burocrático y la organización del poder público. Sin duda, un sistema que permita agilizar la resolución de controversias fiscales mediante órganos de la propia Administración Tributaria, favorece a la gestión financiera que ésta debe cumplir.

“En alguna ocasión, la propia Suprema Corte, recordando los caracteres del acto administrativo, o mejor, de la decisión ejecutoria, afirmó que el cobro de los impuestos no constituye un derecho incorporado a la capacidad privada del Estado, sino que debe efectuarse mediante el ejercicio de atribuciones de Poder Público que se concreten en mandamientos unilaterales y ejecutivos que no requieren, ni para su validez ni para su cumplimiento, la sanción previa de órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que los particulares afectados puedan, a posteriori, iniciar la revisión en la vía jurisdiccional de tales mandamientos.

“Ahora bien, si el cobro de los impuestos se sitúa dentro de los actos administrativos, cuyo examen en la vía jurisdiccional ha de realizarse con posterioridad a su emisión, ya no se ve el motivo para el que esa revisión tenga que efectuarse –en última instancia- dentro de un procedimiento judicial ordinario y no dentro del juicio de amparo que, tradicionalmente, ha sido en México el que ha ofrecido el camino para tal revisión”.<sup>302</sup>

Además, se reflexiona que la objeción constitucional para la existencia de tribunales administrativos procede cuando éstos son independientes en absoluto, es decir, con capacidad para emitir fallos que no estarán sujetos a posterior examen de autoridad, pero que ello no quiere decir que puedan existir tribunales administrativos que, “[...] aunque independientes de la Administración activa, no lo sean del Poder judicial”. A esta argumentación se suma aquella alusión que más arriba se citó de que el carácter administrativo del Tribunal no comporta violación al principio de separación de poderes, “[...] supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos”. Esta última razón merece ser criticada, porque no se reflexiona en ningún momento que la interpretación francesa de la división de poderes tuvo razones políticas muy apegadas a la realidad de Francia y que estas razones no encuadran, como es obvio, en las tendencias y fundamentos del pensamiento constitucional mexicano, a la sazón, fuertemente judicial.

---

<sup>302</sup> Estados Unidos Mexicanos, Tribunal Fiscal de la Federación, *op. cit.*, en nota 293, p. 15.

En definitiva, la Ley en ningún momento coarta el acceso al amparo ni desdibuja su función, pero esta fidelidad a la técnica del juicio de garantías sólo se observa cuando la sentencia del Tribunal es favorable a la Administración Tributaria y desfavorable para el particular. Lo mismo no acontece cuando la sentencia es adversa a la Administración, y en este concreto aspecto, puedo ratificarnos en la opinión expuesta anteriormente: se crea un privilegio para la Administración, precisamente, expresado en el tema de la ejecución de las sentencias adversas. En efecto, la demostración de este aserto está en que *dicha ejecución queda en manos de la propia Administración, la cual, para cumplir con este cometido actuará en ejercicio de facultades netamente administrativas*. Al respecto, es del todo expresa la exposición de motivos:

“Naturalmente que dictado el fallo por el Tribunal, *su ejecución, mediante actos que sí corresponden a la Administración activa y que por tanto deben emanar del Presidente de la República con refrendo de su Secretario o de éste simplemente, ejercitando sus funciones representativas propias, queda a cargo de la autoridad demandada*. El Tribunal pronunciará tan sólo fallos de nulidad de las resoluciones impugnadas; pero con el fin de evitar los inconvenientes que presenta ahora la ejecución de las sentencias de amparo, que también son fallos de nulidad, y que frecuentemente se prolongan a través de una o varias quejas en las que en forma escalonada el tribunal judicial va controlando la ejecución de su sentencia, en la Ley se establece que el fallo del Tribunal Fiscal que declare una nulidad indicará de manera concreta en qué sentido debe dictar una nueva resolución la autoridad fiscal” (la cursiva es del autor).<sup>303</sup>

A esta configuración administrativa de la ejecución de sentencias adversas, se suma una importantísima precisión complementaria: *el Tribunal Fiscal de la*

---

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 18. Estas características se expresan en el artículo 58 de la Ley (*ibidem*, p. 43): “Artículo 58. Cuando la sentencia declare la nulidad y salvo que se limite a mandar reponer el procedimiento o a reconocer la ineficacia del acto en los casos de la fracción VII del artículo 14 indicará de manera concreta en qué sentido debe dictar su nueva resolución la autoridad fiscal. Entre tanto que ésta no se pronuncie, continuará en vigor la suspensión del procedimiento administrativo que haya sido decretada dentro del juicio”.

*Federación carece de competencia para pronunciar mandamientos de ejecución dirigidos a obtener el cumplimiento de sus fallos, ya que sus sentencias –dice la exposición de motivos- se limitan a ser simples juicios declarativos y la función del Tribunal es propiamente conocer un juicio de nulidad. Dicho esto, recién aparece la función del amparo y de los tribunales judiciales:*

“La negativa de los agentes del Fisco a obedecer las disposiciones del Tribunal deberá de combatirse, como la de cualquier otra autoridad obstinada en no hacer lo que legalmente está obligada a realizar, mediante amparo, en el que, como es obvio, *ya no se discutirán las cuestiones que fueron resueltas en el juicio administrativo, sino únicamente la posibilidad material o jurídica de la ejecución.* La ley se ha limitado a fijar –en garantía del opositor- que entre tanto que el fallo no se cumpla, siga en vigor la suspensión del procedimiento de ejecución” (la cursiva es del autor).<sup>304</sup>

La Ley de Justicia Fiscal estableció una jurisdicción desvinculada que implicó una fractura del proceso en dos momentos, a saber, uno de conocimiento de la controversia ante el Tribunal Fiscal de la Federación; otro de pura ejecución de la sentencia dictada por éste órgano jurisdiccional, pero ante los tribunales judiciales y mediante amparo. En este segundo momento, ya no se discutirán las cuestiones que fueron resueltas por el Tribunal Fiscal de la Federación, sino que únicamente se examinará “la posibilidad material o jurídica de la ejecución”. Es posible observar que tal fractura lleva consigo un privilegio: *los tribunales judiciales ya no serán quienes condenen a la Administración Tributaria por sus errores o arbitrariedades, sino que se limitarán a hacer cumplir un fallo puramente declarativo que dicta un tribunal que se encuadra dentro de la estructura de la propia Administración.* Este tribunal, además, sólo dicta sentencias declarativas dentro de un proceso de anulación, y en ellas determina el modo en que debe proceder la Administración condenada. La combinación de estas características destaca un *ámbito de autonomía en materia tributaria que va desde el ámbito de la*

---

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 22.

*gestión hasta el propio de la resolución de controversias, y que también implica que la función del Tribunal sea la de orientar a la Administración cuando comete ilegalidades. Por último, esta autonomía se destaca por el hecho de la que es la misma Administración activa derrotada en el proceso la que tiene competencia privativa para ejecutar los fallos de su propio tribunal.*

En otros términos, la doctrina que expone la exposición de motivos conjuga la teoría de lo “gubernativo-contencioso” con el sistema francés de justicia delegada, un sistema de carácter administrativo y no judicial que termina con el resultado de entregar a la propia Administración Tributaria, no sólo las competencias propias de la gestión fiscal, sino también las de resolución de controversias. Por tanto, a la Administración Tributaria la juzga un Tribunal que se encuentra dentro de su propia estructura, las sentencias de este tribunal se limitan a declarar la nulidad de sus actuaciones y a establecer el modo de reparar sus ilegalidades, a todo lo cual se suma que las sentencias de este tribunal las ejecuta la propia Administración y en ejercicio de facultades administrativas. En todo caso, de no cumplirse el fallo, el contribuyente deberá soportar la carga de un nuevo proceso, el de amparo, que se limitará únicamente a apreciar las posibilidades materiales y jurídicas de la ejecución, con el efecto de demorar la satisfacción del derecho del contribuyente.

Me parece evidente, como ya dije, que la Ley de Justicia Fiscal estableció para la Administración Tributaria el beneficio de una autonomía completa para afrontar lo que le es adverso. Beneficio que se advierte, aun más, porque se hace excepción a un concepto cabal de jurisdicción, según el cual lo más natural es que el juez del conocimiento sea el juez de la ejecución.<sup>305</sup>

---

<sup>305</sup> Según explica Emilio Margain Manatou, fueron razones de conveniencia y oportunidad política las que determinaron que el Tribunal Fiscal de la Federación no pueda ejecutar sus fallos. El autor cita lo dicho en una conferencia pronunciada por Alfonso Cortina Gutiérrez, quien alegó, en síntesis, que al crearse por primera vez un órgano administrativo de justicia delegada, se pensó que no tendría la suficiente tradición, arraigo y fuerza para imponer sus decisiones, mientras que el amparo, con mucho mayor temple, era más idóneo para el cometido de ejecutar las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación. Margain Manatou, Emilio, *op. cit.*, en nota 152, p. 393.

En mi opinión, tal como se ha expuesto, en verdad existieron razones de conveniencia o de oportunidad política que justificaron que el Tribunal Fiscal de la Federación carezca de facultades de ejecución de sentencias. Pero estas razones no tuvieron que ver con el problema de la

Por lo demás, la necesidad de que el contribuyente vencedor tenga que acudir al amparo ante la contumacia de la Administración, revela, en la práctica, un nuevo beneficio para ésta última, dado por la demora que el contribuyente soporta en la satisfacción de su derecho, y correlativamente, en la dilación de que goza la Administración Tributaria para cumplir con su obligación. Esta situación, sin duda, es contraria a los valores de la justicia que consagra el artículo 17 constitucional, en cuanto dispone que la justicia debe ser pronta, pues en efecto, una sentencia que tarda en cumplirse ningún favor hace a los preceptos establecidos en el citado artículo de la Constitución.

Posteriormente, adiciones al Código Fiscal de la Federación (artículo 239 TER), introducidas por el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 5 de enero de 1988, establecieron el denominado *recurso de queja*, que podía interponerse por una sola vez ante el incumplimiento de las sentencias de los tribunales administrativos, cuando existía indebida repetición de un acto o resolución, o bien, cuando en el acto o resolución emitido para cumplimentar una sentencia incurría en exceso o en defecto.

Presentada la queja, el magistrado instructor solicitaba a la autoridad a la cual se imputaba el incumplimiento de la sentencia que presente un informe dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales, con informe o sin él, el magistrado instructor daba cuenta a la Sala para que resuelva dentro de cinco días. Si se observaba que existía repetición del acto anulado, se dejaba sin efecto el acto repetido y se notificaba al funcionario responsable para que se abstenga de incurrir en nuevas reiteraciones. Además, la Sala imponía una multa al funcionario responsable y notificaba a su superior para que proceda jerárquicamente. En caso

---

“novedad” del Tribunal Fiscal de la Federación, sino con el propósito de favorecer la actividad de la Administración Tributaria dotándole de un ámbito de autonomía. No son convincentes los argumentos que se exponen en la citada obra, pues, en primer término, la doctrina planteada en la exposición de motivos no se acomoda suficientemente a la explicación que ofrece Alfonso Cortina Gutiérrez. No obstante, si el problema era la novedad de un tribunal administrativo de justicia delegada, y por ende, su falta de fuerza política para ejecutar sus fallos, me parece que tal situación pudo corregirse en el tiempo cuando la institución ya estuvo consolidada. Lo cierto es que tuvo que esperarse hasta la expedición de la LFPCA en el año de 2005 para conceder mecanismos de ejecución a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, actualmente, al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

de que la Sala resolviese que hubo exceso o defecto en el cumplimiento de la sentencia, se dejaba sin efectos el acto o resolución que provocó la queja y se concedía al funcionario responsable un plazo de veinte días para que proceda al cumplimiento debido del fallo, señalando la forma y términos conforme a los cuales debía cumplir.

Más adelante, las posibilidades de interponer el recurso de queja se extendieron al caso de omisión total en el cumplimiento de la sentencia, ante lo cual el tribunal concedía al funcionario renuente un plazo de veinte días para el cumplimiento, se le imponía una multa y se notificaba al superior para que proceda jerárquicamente.

El precario mecanismo de recurso de queja no supuso un auténtico otorgamiento de facultades de ejecución para el Tribunal Fiscal de la Federación o para el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pues la rebeldía de la autoridad administrativa incumplidora, a pesar de existir una resolución positiva sobre el recurso de queja, no podía remediarse, en definitiva, sino mediante el amparo, tal como advierte Iturbe Rivas.<sup>306</sup>

## **2. Situación actual**

La situación brevemente descrita se modificó el 1 de enero de 2006 cuando entró en vigencia la LFPCA. En esta ley se prevén mecanismos de apremio para que la autoridad administrativa renuente cumpla con las sentencias que en su contra dicte el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

### **A. Condiciones para que exista incumplimiento de la sentencia**

---

<sup>306</sup> Iturbe Rivas, Arturo, *op. cit.*, en nota 112, p. 202. Resultan preocupantes las afirmaciones de Margain Manatou (*op. cit.*, en nota 152, p. 8), quien a la fecha de publicación de su importante libro advirtió: “Precisamente porque el Tribunal no es de plena jurisdicción buen número de contribuyentes, que han obtenido sentencias favorables, han aceptado que la autoridad la viole antes de enfrascarse en un nuevo juicio y ante Tribunal distinto para obtener su cumplimiento”.

El cumplimiento de la sentencia dependerá, en primer término, del contenido y alcance del fallo, es decir, si se declaró la nulidad lisa y llana o para efectos, o bien, si se impuso una condena a la autoridad administrativa. Al respecto, me remito a lo dicho en el capítulo anterior.<sup>307</sup> Además de ello, como indican González Pérez y Vázquez Alfaro, es requisito para que exista cumplimiento que se acate lo dispuesto en la sentencia dentro de los plazos que señalen la ley o la misma sentencia. Caso contrario, cuando han transcurrido dichos plazos, habrá incumplimiento. Estos plazos se cuentan desde que la sentencia queda firme y ha sido notificada a la autoridad.<sup>308</sup>

Cuando la sentencia declara la nulidad para determinados efectos, la autoridad pública debe cumplir lo dispuesto en el fallo y dictar una resolución definitiva dentro de un plazo de cuatro meses, contados a partir del momento en que la sentencia queda firme, al tenor de lo que dispone la fracción V del artículo 52 de la LFPCA. Por su parte, el artículo 53 de la LJCA establece que la sentencia definitiva queda firme cuando:

“I. No admita en su contra recurso o juicio.

“II. Admitiendo recurso o juicio, no fuere impugnada, o cuando, habiéndolo sido, el recurso o juicio de que se trate haya sido desechado o sobreseído o hubiere resultado infundado, y

“III. Sea consentida expresamente por las partes o sus representantes legítimos.

“Cuando haya quedado firme una sentencia que deba cumplirse en el plazo establecido por el artículo 52 de esta Ley, el secretario de acuerdos que corresponda, hará la certificación de tal circunstancia y fecha de causación y el Magistrado Instructor o el Presidente de Sección o del Tribunal, en su caso, ordenará se notifique a las partes la mencionada certificación”.

---

<sup>307</sup> Véase, *supra* capítulo cuarto, número IV, acápite 2.

<sup>308</sup> *Cfr.* González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, en nota 254, p. 311.

Es importante tener presente que el *plazo para el cumplimiento se cuenta a partir de que la sentencia queda firme*, y al respecto, es necesario remitirse a lo dispuesto en los tres últimos párrafos del artículo 57:

“Cuando se interponga el juicio de amparo o el recurso de revisión, se suspenderá el efecto de la sentencia hasta que se dicte la resolución que ponga fin a la controversia.

“Los plazos para el cumplimiento de sentencia que establece este artículo, empezarán a correr a partir del día hábil siguiente a aquél en que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa informe a la autoridad que no se interpuso el juicio de amparo en contra de la sentencia, o el particular informe a la autoridad, bajo protesta de decir verdad, que no interpuso en contra de la sentencia, dicho juicio. La autoridad, dentro del plazo de 20 días posteriores a la fecha en que venció el término de 15 días para interponer el juicio de amparo, deberá solicitar al Tribunal el informe mencionado.

“En el caso de que la autoridad no solicite el informe mencionado dentro del plazo establecido, el plazo para el cumplimiento de la resolución empezará a correr a partir de que hayan transcurrido los 15 días para interponer el juicio de amparo”.

El plazo de cumplimiento de la sentencia previsto en el artículo 52 se suspende cuando sea necesario solicitar información o realizar algún acto de autoridad en el extranjero, suspensión que se produce “[...] entre el momento en que se pida la información o en que se solicite realizar el acto correspondiente y la fecha en que se proporcione dicha información o se realice el acto”. Es evidente que en este último supuesto la autoridad administrativa no tiene en sus manos los elementos necesarios para cumplir con la sentencia a tiempo, por lo cual no podría acusársele de incumplimiento. El artículo 52 de la LFPCA también precisa lo siguiente:

“Transcurrido el plazo establecido en este precepto, sin que se haya dictado la resolución definitiva, precluirá el derecho de la autoridad para emitirla salvo en los casos en que el particular, con motivo de la sentencia, tenga derecho a una

resolución definitiva que le confiera una prestación, le reconozca un derecho o le abra la posibilidad de obtenerlo”.

De conformidad con la disposición transcrita, existirá incumplimiento de la sentencia en dos supuestos distintos: a) cuando la autoridad dicta una resolución definitiva, a pesar de haber precluído su derecho; y, b) cuando la autoridad administrativa no dicta una resolución definitiva dentro de plazo, si de conformidad con la sentencia a ello tiene derecho el administrado, o cuando el fallo reconozca un derecho o se abra la posibilidad de obtenerlo.

Al tenor de la fracción I, literal b) de artículo 57 de la LFCA, la autoridad demandada podrá subsanar los vicios de procedimiento o de forma que ocasionaron la nulidad dentro del plazo de cuatro meses. El mismo plazo, advierten Juana Martínez Ríos y Rigoberto Reyes Altamirano, se aplica cuando la autoridad tiene facultades discrecionales para iniciar un procedimiento o dictar una nueva resolución en relación con dicho procedimiento, según lo dispone el párrafo cuarto del citado artículo. Según los autores citados esta supeditación del ejercicio de facultades discrecionales a un tiempo específico provee de seguridad jurídica al administrado. En suma, indican los citados autores:

“1.- No se obliga a la autoridad a reponer un procedimiento si se trata de facultades discrecionales, al menos que se cause un perjuicio al particular, con su omisión.

“2.- Si decide ejercitar las facultades discrecionales, tiene como límite el plazo de 4 meses antes señalado”.<sup>309</sup>

En mi opinión, es conforme con la seguridad jurídica que se determine un tiempo preciso para el ejercicio de las facultades discrecionales cuando estas atribuciones se refieren a la iniciación de un procedimiento o a la expedición de una nueva resolución en relación con dicho procedimiento. El particular no puede

---

<sup>309</sup> Martínez Ríos, Juana y Reyes Altamirano, Rigoberto, *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo Comentada, Anotada y Jurisprudencia*, México, Tax Editores Unidos, 2008, p. 545.

estar condicionado a la incertidumbre de tal ejercicio. Sin embargo, de una atenta lectura del párrafo cuarto del artículo 57 de la LJCA, se puede apreciar una contradicción implícita cuando se afirma que, en caso de existir aquellas facultades discrecionales, la autoridad podrá abstenerse de reponer el procedimiento o dictar una nueva resolución en relación con éste, “*siempre que no afecte al particular que obtuvo la nulidad de la resolución*”. En otros términos, la discrecionalidad termina cuando, de no ejercérsela, ocasiona un perjuicio al particular. Vale entonces preguntarse, ¿de qué tipo de discrecionalidad se estaría hablando? En rigor, si la falta de ejercicio de una facultad produce como resultado un efecto contrario a Derecho –como lo es un perjuicio- simplemente ya no hay facultad discrecional, ya que para evitar dicho efecto es obligatorio ejercer tal facultad, y por lógica, ésta deja de ser discrecional. Por definición, la discrecionalidad supone que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración una cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción; para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.<sup>310</sup> En palabras de Héctor Mairal:

“La facultad discrecional [...] se encontrará allí donde la Administración cuente con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho ante la cual dictará el acto previsto por la norma, a la determinación del acto que dictará ante la situación de hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto. Cualquiera que sea el aspecto sobre el cual recae la posibilidad de elección, se tratará de una facultad discrecional [...]”.<sup>311</sup>

En virtud de estas reflexiones, consideramos que existe obligación, y no discrecionalidad, de la autoridad administrativa de iniciar un procedimiento o de

---

<sup>310</sup> Dromi, José Roberto, *op. cit.*, en nota 48, p. 467.

<sup>311</sup> Mairal, Héctor, *op. cit.*, en nota 94, p. 647, t. II.

dictar una resolución cuando aquello es conforme al derecho del particular.<sup>312</sup> La norma o principio que rige el derecho supone la ausencia de discrecionalidad. La condicionante del párrafo cuarto del artículo 57, en suma, remite necesariamente a la disposición del artículo 52, en cuanto establece que se debe dictar una resolución definitiva, que supone reponer un procedimiento administrativo viciado o iniciarlo nuevamente, si con motivo de la sentencia, el particular tenga derecho a dicha resolución, se le reconozca un derecho o se le abra la posibilidad de obtenerlo.

El artículo 57 también prevé la suspensión de dicho plazo cuando sea necesario realizar un acto de autoridad en el extranjero o solicitar información de terceros. También se prevé tal suspensión del plazo para reponer el procedimiento en los casos previstos en el párrafo tercero del artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación, esto es, huelga, fallecimiento del contribuyente, ausencia de éste, o cuando el contribuyente no atienda los requerimientos de información requeridos por la autoridad. De igual manera, hay suspensión del plazo de cuatro meses para la reposición del procedimiento cuando también debe suspenderse el plazo previsto por el Código Fiscal de la Federación para concluir las visitas domiciliarias o las revisiones de gabinete.

En caso de sentencia de condena, se faculta al Tribunal para determinar en la sentencia la forma y plazos en que la autoridad debe cumplir la obligación respectiva, pero en ningún caso el plazo será inferior a un mes (fracción II del artículo 57). Este supuesto se relacionaría con el efecto previsto en los literales a) y b) de la fracción V del artículo 52, esto es, cuando la sentencia declara la nulidad del acto impugnado y reconoce al actor un derecho subjetivo, o bien, cuando se otorga o restituye el goce de derechos afectados por el acto.

En caso de que la sentencia declare la nulidad lisa y llana de una resolución, es decir, que establezca que existió nulidad absoluta del acto administrativo impugnado, el incumplimiento de la sentencia se dará si la autoridad administrativa

---

<sup>312</sup> Es evidente que si la autoridad decide reponer el procedimiento, deberá acatar las normas jurídicas que rigen las formalidades y el procedimiento administrativo, además de que no deberá reiterar las infracciones que la sentencia observó.

nuevamente dicta, en cualquier tiempo, un acto de igual contenido y valor que el anulado, es decir, que reitere las violaciones legales de éste. Además, debe tenerse presente que la declaración de nulidad absoluta implica, a su vez, el establecimiento de una consecuencia jurídica directamente derivada de la nulidad, a saber, que el acto impugnado no tenía capacidad para producir resultados jurídicos, de tal manera que la declaración de nulidad tendrá efecto *ex tunc* y la virtualidad de hacer desaparecer, desde un inicio, cualquier secuela derivada del acto anulado. En definitiva, puede entenderse, con respaldo en el principio de subordinación al Derecho y en la doctrina de las nulidades, que la Administración Pública que soporta la sentencia de anulación –esto es, el fallo que establece que el acto administrativo impugnado viola severamente el ordenamiento- deberá arbitrar todas las medidas de reparación que restablezcan el orden jurídico violado. Como dispone el literal c) de la fracción V del artículo 52, “[...] cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado”, razón por la cual coincido con González Pérez y Vázquez Alfaro en el sentido de que una vez anulado el acto, “[...] el demandante podrá, en ejecución de la sentencia, pedir que se hagan desaparecer las situaciones creadas por el acto anulado, que las legitimaba (*v. gr.*, si se anuló una licencia de edificación, la demolición de ésta)”.<sup>313</sup> Tal sería, no únicamente una consecuencia directa de la sentencia, sino concomitantemente, un resultado de constatar el vicio de nulidad que afecta al acto y de determinar su invalidez absoluta con motivo de una grave transgresión al Derecho. Si la desaparición de dichas situaciones jurídicas no es posible, procedería la indemnización de daños y perjuicios.

### **B. Cumplimiento sustituto**

El principio que rige el cumplimiento de la sentencia consiste en que debe acatarse en sus propios términos, obedeciendo justamente lo que dispone, de tal

---

<sup>313</sup> González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, en nota 254, p. 315.

modo que exista identidad total entre lo que se cumple y lo estatuido en el fallo.<sup>314</sup>  
No obstante, como manifiestan González Pérez y Vázquez Alfaro:

“No puede hacerse aquello que es imposible. No puede llevarse a efecto la ejecución de la sentencia si fuera física o legalmente imposible cumplir los pronunciamientos del fallo. Si la imposibilidad de la prestación hubiese surgido antes de dictarse la sentencia, ésta debiera contemplar el supuesto, condenando a una indemnización si éste fuera el único medio de restablecer la situación jurídica perturbada. Problema específico de la ejecución es la imposibilidad sobrevenida después de la sentencia”.<sup>315</sup>

El supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia se encuentra regulado en el literal f) de la fracción II del artículo 58 de la LJCA:

“En el supuesto comprobado y justificado de imposibilidad de cumplir con la sentencia, la Sala Regional, la Sección o el Pleno declarará procedente el cumplimiento sustituto y ordenará instruir el incidente respectivo, aplicando para ello, en forma supletoria, el Código Federal de Procedimientos Civiles”.

Nótese que la norma transcrita dispone un *cumplimiento sustituto*, lo cual quiere decir que no se trata de una autorización para dejar de ejecutar el fallo, sino de una *excepción al principio del cumplimiento de la sentencia en sus propios términos*. La sentencia no queda sin ejecutar, sino que cambia de contenido, que se sustituye por una prestación equivalente a la que originalmente estableció el fallo.<sup>316</sup> Se trata, en definitiva, de supuestos en los que, ante la imposibilidad de proceder a la ejecución del fallo judicial original, se adopta una ejecución

---

<sup>314</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota. 53, pp. 1260-1262.

<sup>315</sup> González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, nota 254, p. 311-312.

<sup>316</sup> Cfr. Martín Delgado, Isaac, *Función Jurisdiccional y Ejecución de Sentencias en lo Contencioso-Administrativo. Hacia un Sistema de Ejecución Objetivo Normalizado*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 169.

alternativa por parte del Tribunal, con el fin de no desvirtuar el derecho de ejecución que es consustancial al derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>317</sup>

La primera cuestión que plantea el cumplimiento sustituto procede de la siguiente pregunta relacionada con sus presupuestos: ¿cuándo existe imposibilidad justificada de cumplir con la sentencia? El Tribunal no puede admitir cualquier excusa de la Administración Pública cuando se trata del cumplimiento de la sentencia, sino que debe analizar las situaciones de hecho o de derecho que alegue la autoridad, resolver motivadamente sobre su racionalidad y establecer la imposibilidad de cumplimiento. Precisamente, la norma antes citada especifica que debe tratarse de un evento “comprobado y justificado”. En suma, la definición de las situaciones que impidan el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos no queda al arbitrio de la autoridad demandada, sino al juicio del Tribunal, quien en ningún momento pierde sus facultades de ejecución.

La legislación mexicana, al igual que la ecuatoriana, adolece del defecto de no precisar, al menos en términos generales, unas hipótesis más o menos precisas que permitan apreciar una causa fundamentada de imposibilidad de acatamiento de los fallos del Tribunal. El supuesto de inviabilidad material de cumplimiento podría ser el más fácil de constatar, pues implica una imposibilidad física. “En estos casos, la Administración no podría ejecutar la sentencia debido a que ha desaparecido el objeto material determinante de su cumplimiento. Ejemplos de estas situaciones los tenemos en los supuestos de sentencias que condenan a la ocupación de un inmueble que ha sido derribado [...], o reversión de terrenos que han sido edificados”,<sup>318</sup> o la destrucción de una cosa que ha sido retenida por la Administración.

Mayor complejidad reviste determinar cuándo existe imposibilidad legal de ejecutar una sentencia. Puede suceder que la sentencia aplique una determinada

---

<sup>317</sup> Cholbi Cachá, Francisco y Merino Molins, Vicente, *Ejecución de Sentencias en el Proceso Contencioso-Administrativo e Inembargabilidad de los Bienes Públicos. Especial Referencia a las Entidades Locales*, Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 124.

Una norma similar, en cuanto prevé un cumplimiento sustituto, se encuentra también en el Derecho ecuatoriano –como más adelante se analizará– y en el español.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 125.

norma, la cual posteriormente es derogada o reformada. Por ejemplo, a un particular, que en su momento se le niega ilegalmente un permiso para operar una fábrica química en un determinado lugar, pero luego resulta que se dicta una norma que restringe la operación de establecimientos fabriles en dicho sitio por razones medioambientales. La sentencia pudo revocar el acto administrativo que negaba la operación de la fábrica, pero al momento de ejecutar la sentencia es jurídicamente imposible permitir que el establecimiento opere porque existe nueva legislación que lo prohíbe.

También puede ocurrir la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia cuando, según el ordenamiento jurídico, aquello violaría derechos de que son titulares terceros de buena fe.<sup>319</sup> Por ejemplo, si un funcionario público es destituido sin causa justa, y mientras dura el proceso, la Administración convoca a un concurso de merecimientos para ocupar el puesto del destituido, que gana un tercero. La sentencia que anula el acto de destitución y condena a que el demandante sea restituido al cargo no podría cumplirse, porque traería como consecuencia el menoscabo del derecho del tercero, que fue adquirido de buena fe. En este mismo ejemplo, también podría suceder que ya no exista otra plaza disponible para que el demandante sea restituido al cargo, o bien, que el cargo haya sido suprimido.

El literal f) de la fracción II del artículo 58 de la LJCA no especifica que el cumplimiento sustituto consista en una indemnización dineraria. El cumplimiento sustituto perfectamente puede consistir en la determinación de una prestación equivalente a la dispuesta por la sentencia. Si el demandante fue expropiado de un inmueble en una determinada colonia, y en dicho bien se construyó una escuela, podría establecerse que se le otorgue otro inmueble que sea de propiedad privada de la Administración demandada. En último término, el cumplimiento sustituto consistirá en una indemnización, si no existiese posibilidad de una prestación equivalente a la dispuesta por la sentencia.

---

<sup>319</sup> *Idem.*

### **C. Caso en que sería necesario iniciar un nuevo juicio**

De conformidad con el literal a) de la fracción I del artículo 57 de la LFPCA:

“ARTÍCULO 57.- Las autoridades demandadas y cualesquiera otra autoridad relacionada, están obligadas a cumplir las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, conforme a lo siguiente:

“I. En los casos en que la sentencia declare la nulidad y ésta se funde en alguna de las siguientes causales:

“a) Tratándose de la incompetencia, la autoridad competente podrá iniciar el procedimiento o dictar una nueva resolución, sin violar lo resuelto por la sentencia, siempre que no hayan caducado sus facultades. Este efecto se producirá aun en el caso de que la sentencia declare la nulidad en forma lisa y llana”.

Respecto a las condiciones previstas en la norma citada vale preguntarse ¿qué sucede cuando la autoridad competente dicta un nuevo acto, pero ha ocurrido la caducidad de sus facultades? Es evidente que el nuevo acto será nulo, pues la autoridad administrativa ha perdido sus facultades por el transcurso del tiempo. Ahora bien, ¿ese supuesto presenta un caso de incumplimiento, de tal manera que el administrado perjudicado pueda atacar el nuevo acto por los mecanismos de ejecución de sentencia?

Es elemental que existiría incumplimiento de sentencia sólo cuando la *autoridad incompetente* insista en dictar nuevamente un acto o resolución, a pesar de que carece de aptitud legal para ello. No sucede lo mismo, al tenor de la norma antes transcrita, cuando el nuevo acto lo dicta la *autoridad competente*, quien además de no ser parte procesal, conserva sus facultades por disposición de la ley, y es evidente que la sentencia no está en capacidad de alterar lo que establece el ordenamiento jurídico. Vale afirmar también, que la autoridad competente, no siendo parte procesal, no está sujeta a las disposiciones de la sentencia que soportó la autoridad incompetente, y por ello, tampoco le son aplicables las normas procesales que rigen el cumplimiento de dicho fallo y de su ejecución.

La infracción de la *autoridad competente* se daría si dicta el nuevo acto habiendo transcurrido los plazos legales de caducidad, pero esta situación *provoca una nueva controversia, con nuevos elementos jurídicos de discusión*, en suma, precisa que *se inicie una litis distinta* a la planteada en el proceso que anuló el acto dictado por la *autoridad incompetente*, pues implica la impugnación de un acto o resolución original.

Diferente es el supuesto del párrafo sexto del artículo 52 de la LFPCA, esto es, cuando la autoridad demandada, existiendo sentencia para efectos, no dicta una resolución definitiva en el plazo de cuatro meses, situación en la cual opera la preclusión del derecho (siempre y cuando el administrado no tenga derecho a exigir la expedición de la resolución, conforme dispone la citada norma legal). La preclusión del derecho de la autoridad impide que ésta dicte una resolución, pero la infracción a este precepto *sí supone un caso de incumplimiento de la sentencia*. En efecto, la autoridad que soporta aquél fallo condenatorio *es parte procesal, tiene competencia para cumplir con la sentencia y está sometida a las normas procesales de la LJCA que rigen el acatamiento*. Por ello, bien podría el particular afectado acudir al Tribunal para solicitar las medidas adecuadas para que sea anulado el acto dictado a pesar de la preclusión. Esto es conforme con las disposiciones del artículo 58 de la LJCA, que regulan los efectos de emitir una resolución extemporáneamente, con la consecuencia de que el Tribunal anule tal acto.

#### **D. Mecanismos de apremio**

El artículo 58 de la LFPCA prevé que, de oficio o a petición de parte, una vez transcurridos los plazos legales previstos para el cumplimiento de la sentencia, el Tribunal pueda asegurar el acatamiento de ésta. Se exceptúan de las sentencias que hayan señalado efectos, cuando la resolución impugnada derive de un procedimiento oficioso, es decir, aquel que no ha sido iniciado por el particular. Esto se debe a que, tratándose de facultades oficiosas, la autoridad conserva el derecho de iniciar el procedimiento si lo considera pertinente.

En síntesis, las facultades que otorga la LJCA al Tribunal para asegurar el cumplimiento de las sentencias son las siguientes:

- Requerir, de oficio, los pertinentes informes a la autoridad que debe cumplir la sentencia, informes que deben ser rendidos en el plazo de tres días.
- Imponer multas de apremio a la autoridad demandada responsable, es decir, que pueden establecerse de modo sucesivo mientras la autoridad no cumpla con lo dispuesto en la sentencia. Esta medida se debe notificar al superior jerárquico de aquélla la autoridad.
- Requerir al superior jerárquico para que obligue a la autoridad demandada al acatamiento, y ante la persistencia en el incumplimiento, imponer al superior jerárquico las debidas multas de apremio.
- Para encomendar a un funcionario jurisdiccional el cumplimiento de la sentencia, siempre que la naturaleza del acto lo permita.
- Para poner en conocimiento del órgano contralor la falta de cumplimiento, con el fin de que se determinen las responsabilidades de la autoridad renuente.

Puede observarse, en primer término, que la técnica que adopta el Derecho mexicano consiste en *proceder directamente contra los funcionarios administrativos*, concretamente, *mediante el mecanismo del apremio económico, la disposición de que el superior proceda a aplicar las atribuciones que otorga su jerarquía, o bien, que la autoridad de control proceda al establecimiento de responsabilidades*. En otros términos, el Derecho mexicano *no prevé la posibilidad de actuar directamente en contra del Estado o de la entidad pública a la cual pertenece el funcionario*, es decir, la técnica mexicana consiste en proceder contra el *titular del órgano administrativo*, pero no contra la persona pública a la cual pertenece.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> Como se podrá observar más adelante, el sistema mexicano de las multas de apremio coincide en cierto modo con las *astreintes* del Derecho francés, con la diferencia que en Francia se procede en contra de la propia Administración.

Considero que una seria limitación de esta técnica se presentaría cuando procede el pago de indemnizaciones a favor del demandante, pues aunque la autoridad demandada, con ánimo de cumplir, observe todos los procedimientos y efectúe los requerimientos necesarios para el pago, la necesidad de una previsión en el Presupuesto de Egresos de la Federación no está necesariamente en manos de dicha autoridad. Perfectamente podría suceder que el cumplimiento de la sentencia se demore, sin que pueda obrarse contra el Estado que debe pagar la indemnización.

Además de estos mecanismos de apremio, presenta gran interés la previsión de que un funcionario jurisdiccional pueda ser comisionado para dar cumplimiento a la sentencia, con la condición de que la naturaleza del acto lo permita. Un ejemplo podría ser la devolución de una cosa que se encuentre en poder de la Administración, caso en el cual el funcionario judicial podría proceder a la entrega.<sup>321</sup> Sin embargo, existen otras situaciones en que la medida no podría aplicarse por la naturaleza del acto –y precisamente así indica el literal c) de la fracción I del artículo 58- como puede ser el otorgamiento de una licencia que ilegalmente se negó al administrado o la devolución de una contribución o tributo indebidamente pagado.

### **E. Recurso de queja**

El artículo 58 de la LFPCA conserva de la normativa anterior al recurso de queja, que puede interponerse a petición de parte. En la nueva legislación, a las causales de indebida repetición de un acto o resolución anulado, de exceso o defecto en el cumplimiento y de omisión total de éste, se suma el caso de la resolución definitiva emitida y notificada después del plazo previsto para el efecto, cuando la sentencia se dictó para efectos. Esta última situación, por ende, se considera como incumplimiento.

---

<sup>321</sup> Herrera Gómez, Jesús Javier, *El contencioso administrativo federal*, México, Porrúa, 2007, p. 71.

En caso de que la queja resulte fundada, la ley prevé los siguientes remedios que implementará el Tribunal:

- Anulación de la resolución que repita el acto anulado, y la notificación a la autoridad responsable de que se abstenga de nuevas repeticiones. En este caso, también se contempla la imposición de una multa de apremio y la remisión de un informe al superior jerárquico.
- En caso de existir exceso o defecto en el cumplimiento, el Tribunal dejará sin efectos el respectivo acto. Además, se concederá a la autoridad demandada el plazo de veinte días para que cumpla debidamente con la sentencia, precisando la forma y términos del acatamiento.
- Si se dictó un acto o resolución definitiva luego de los plazos en que la autoridad, según la sentencia, debió hacerlo, el Tribunal declarará la preclusión de las facultades de la autoridad, comunicará de este particular al superior jerárquico y anulará el acto o resolución extemporáneos.

La queja sólo puede hacerse valer por una sola vez, con excepción del caso de omisión total de cumplimiento, que se podrá interponer en contra de las resoluciones dictadas en cumplimiento de la instancia de queja.

El recurso de queja debe interponerse dentro de los quince días siguientes a aquel en que surtió efectos la notificación del acto, resolución o manifestación que la provoca. En caso de que el particular sea beneficiado con una sentencia condenatoria puede interponer su queja en cualquier tiempo, salvo que haya prescrito su derecho.

## **II. EN EL DERECHO ECUATORIANO**

La prolijidad que observa el legislador mexicano –que regula sistemáticamente los supuestos de incumplimiento y los mecanismos correlativos para obligar a que la autoridad administrativa acate con la sentencia- no se encuentra en la deficiente regulación que sobre la temática de la ejecución de sentencias contempla la legislación ecuatoriana. En efecto, la LJCA y el CT poco

regulan sobre la ejecución de las sentencias, no obstante lo cual, en el preciso caso de la LJCA, es posible observar una mayor severidad con la autoridad incumplidora, sin que ello impida la apreciación de varios problemas prácticos. Actualmente, con la reciente publicación del Código Orgánico de la Función Judicial se refuerzan las facultades del Juez, aunque dicha normativa me parece todavía insuficiente.

Para analizar los mecanismos de ejecución de sentencias que prevé el ordenamiento ecuatoriano, nos referiremos por separado a la materia administrativa general, regulada por la LJCA, y a la materia tributaria, que tiene una normativa especial prevista en el CT. Más adelante, nos ocuparemos de las innovaciones introducidas por el Código Orgánico de la Función Judicial.

### **1. La ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**

El artículo 62 de la LJCA dispone lo siguiente:

“Las sentencias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se notificarán a las partes y se ejecutarán en la forma y términos que en el fallo se consignen bajo la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda”.<sup>322</sup>

Como puede verse, el cumplimiento de la sentencia *constituye una competencia reservada al órgano de la Administración*, pues claramente se indica que el acatamiento del fallo se ejecutará “bajo personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda”. Sin embargo, el órgano jurisdiccional no se desentiende de controlar y asegurar la ejecución de su fallo, pues, al tenor del artículo 64:

---

<sup>322</sup> La norma transcrita se refiere al “Tribunal de lo Contencioso-Administrativo”. En la actualidad, el Código Orgánico de la Función Judicial establece que el proceso contencioso administrativo lo conocerán y resolverán salas especializadas de las Cortes Provinciales, por lo cual la denominación de la norma transcrita debe entenderse reformada.

“El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia [...], adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicar lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo”.

De igual manera, el artículo 39 de la LME, con afán de reforzar el cumplimiento de las sentencias que condenan al Estado, dice:

“Cuando cualquier órgano jurisdiccional declare, mediante sentencia ejecutoriada, la obligación del Estado o de cualquier entidad del sector público, a pagar cualquier suma de dinero o cumplir determinado acto o hecho, la ejecución de dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”.

Como advierte Gonzalo Muñoz Sánchez, la LJCA tiene un vacío profundo, pues no menciona el término dentro del cual el órgano administrativo deberá cumplir en todas sus partes con la sentencia.<sup>323</sup> La observación es pertinente, habida cuenta que el transcurso del tiempo es un criterio para determinar cuándo debe entenderse que existe cumplimiento o incumplimiento. Esta deficiencia fue posteriormente reparada por el artículo 207 del ERJAFE, que dispone:

“Cuando un órgano judicial actuando con jurisdicción ordinaria declare mediante auto o sentencia, la obligación de la Administración Pública Central o Institucional perteneciente a la Función Ejecutiva sometidas a este estatuto a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer, el cumplimiento de dicha providencia se lo debe realizar en un plazo máximo de treinta días contados desde su ejecutoria”.

---

<sup>323</sup> Muñoz Sánchez, Gonzalo, “La Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo”, *Revista Ruptura*, año XL, No. 33, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1989, p. 143.

En el artículo citado del ERJAFE, se prevén sanciones civiles, penales y administrativas para el funcionario incumplidor,<sup>324</sup> y se añade que

“Vencido este plazo se podrá ejecutar el auto o sentencia conforme a lo establecido en el Art. 450 del Código de Procedimiento Civil. La mora en el pago de obligaciones dinerarias a favor del administrado generará intereses a su favor”.

Sin embargo, el ámbito del ERJAFE se limita a los órganos de la Administración Central e Institucional que depende de la Función Ejecutiva y no es aplicable a otros ámbitos importantes, como son los gobiernos autónomos descentralizados, respecto de los cuales subsiste el vacío que destaca Muñoz Sánchez. En estos casos, considero que el órgano jurisdiccional debe en la sentencia determinar el plazo para el cumplimiento, y de no hacerlo, el demandante podría pedir la aclaración de la sentencia, en los términos del artículo 48.<sup>325</sup>

La técnica ecuatoriana, a diferencia de lo que sucede con el Derecho mexicano, *no se limita a ejercer coerción en contra del funcionario titular del órgano administrativo, sino que también permite proceder en contra de la persona pública a la cual pertenece*. Como se habrá podido observar, existe una remisión a las normas del CPC que se refieren a la ejecución de sentencias dictadas en juicio ejecutivo. Concretamente, interesa destacar lo dispuesto en el artículo 440 de dicho Código, que corresponde al artículo 450 de la anterior codificación:

---

<sup>324</sup> La LJCA, en el artículo 64 inciso segundo, dice que “Los funcionarios o empleados que retardaren, rehusaren o se negaren a dar cumplimiento a las resoluciones o sentencias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, estarán incurso en lo preceptuado en el numeral 4o. del Art. 277 del Código Penal”, esto es, en el delito de prevaricato. El CT, de igual forma, sanciona el incumplimiento de las sentencias en los siguientes términos: “El funcionario o empleado que, por interés personal, afecto o desafecto a una persona natural o jurídica, rehusare o se negare a cumplir, o impidiere el cumplimiento de las sentencias, resoluciones o disposiciones del Tribunal Fiscal, será sancionado por prevaricato, con arreglo al Código Penal [...]” (artículo 278).

<sup>325</sup> LJCA: “Art. 48.- La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas.

“Para la aclaración o la ampliación se oirá, previamente, a la otra parte”.

“Art. 440.- Si el juicio hubiere versado sobre la entrega de una especie o cuerpo cierto, el ejecutado será compelido a la entrega, y el alguacil, de ser necesario, con el auxilio de la Fuerza Pública, lo entregará al acreedor. Si la obligación fuere de hacer, y el hecho pudiere realizarse, el juez dispondrá que se realice por cuenta del deudor. Si la especie o cuerpo cierto no pudiere ser entregado al acreedor, o no se obtuviere la realización del hecho, el juez determinará la indemnización que deba pagarse por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro, por el procedimiento de apremio real.

“Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio”.

La intención de estas normas, por demás saludable, tropieza sin embargo con muchas problemáticas. En primer término, el acudir a las normas del CPC produce incertidumbre en muchos casos por el ámbito natural de dicho Código. Estas normas pueden ser aplicables, por ejemplo, cuando se trate de la entrega de una cosa, pero ¿cómo se podría, en el sistema actual, obligar a la Administración a dictar un acto administrativo, si este se precisa para reparar la lesión ocasionada? Valga el ejemplo del funcionario ilegalmente destituido, al que se debe restituir a su puesto de trabajo por disposición de la sentencia, con el requerimiento de que la Administración Pública dicte el correspondiente acto administrativo (acción de personal). De igual manera, sea el caso de la sentencia que anula un acto administrativo que niega el otorgamiento de una licencia y que dispone que la sea otorgada al administrado.

La normativa actual, muy a pesar de que se invoque el artículo 440 del CPC, no autoriza al Juez para dictar actos administrativos frente al incumplimiento de la Administración, ni tampoco existe venia legal para que el juzgador sustituya a la autoridad administrativa rebelde. Recordemos que el artículo 62 de la LJCA establece que el cumplimiento del fallo es de competencia de la Administración.

En los casos en que se condena a la Administración Pública al pago de indemnizaciones, o en general, a entregar alguna cantidad de dinero, sí es posible aplicar las disposiciones del CPC, concretamente, aquellas que tratan sobre el

embargo de fondos y bienes de propiedad de las personas y entidades públicas. En esta temática, debemos observar que mucho dependen tales arbitrios de la voluntad de los jueces, y que en la jurisprudencia y práctica ecuatorianas no siempre se ha aceptado proceder en contra de dichos bienes y recursos económicos.

En efecto, en auto de 13 de junio de 1969 –muy a pesar de que la LJCA permite aplicar los medios ejecutivos del CPC- el extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró lo siguiente:

“Este Tribunal no puede disponer el embargo de los fondos constantes en la cuenta bancaria de la Entidad demandada, sin quebrantar su presupuesto y leyes correspondientes, pues por más que se hallen destinados a gastos generales, para su egreso están sometidos a determinadas regulaciones. Este criterio lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, cuando, en fallo publicado en el No. 10 de la Sexta Serie de la Gaceta Judicial, dice, al tratar del embargo de bienes de los Municipios, que son, como la Junta de Fomento contra quien se ha seguido el juicio, organismos de derecho público: ‘Tratándose de bienes municipales, sí, en verdad, para hacerlo efectivo, procede el embargo y consiguiente remate de bienes, hay que distinguir entre los de uso público, por su naturaleza inembargables, los patrimoniales, que son de dominio particular de los Municipios, y las rentas municipales, de las cuales los Municipios son meros administradores, que sólo pueden invertirse de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley, para la vida y subsistencia del Municipio y los fines determinados para que fueron creadas, y sin las cuales ni el gobierno seccional, ni la finalidad de la función municipal podrían desarrollarse. Además, de ser embargables las rentas municipales, desaparecerán las prohibiciones, las exigencias, el objetivo de su inversión establecidos por la ley’. Por lo expuesto, niégase el embargo solicitado”.<sup>326</sup>

---

<sup>326</sup> Espinosa, Galo, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Recopilación de la totalidad de las resoluciones en el período 1968-1993*, Quito, publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República del Ecuador, 1992, p. 139.

El criterio vetusto del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, exageradamente favorable a la autoridad administrativa y a sus arbitrariedades, no siempre ha sido adoptado. En efecto, para la realización de esta investigación tuve acceso al proceso No. 2316, radicado en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. En dicho proceso, propuesto por un contratista en contra del entonces Ministerio de Obras Públicas, el Tribunal dictó una sentencia que dispuso el pago de una importante cantidad de dinero a favor del demandante. En aquella ocasión, el órgano jurisdiccional, ante la falta de pago de la autoridad administrativa demandada, ordenó el embargo de las cuentas que el Ministerio tiene en el Banco Central del Ecuador y en la banca privada, hecho que permitió el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. Cabe señalar, no obstante, que la sentencia se dictó a los dos años de haberse iniciado el proceso, pero lastimosamente, la medida de ejecución se implementó luego de casi diez años de haberse dictado el fallo, y lo que es peor, frente a la continua excusa, dilación y reticencia de la autoridad, que parecía pretender que la situación del demandante se extienda hasta *calendas graecas*.<sup>327</sup>

La solución de acudir a mecanismos de ejecución sobre bienes públicos constituye un mecanismo eficaz para el cumplimiento de la sentencia, digno de elogiarse por la ruptura de los dogmas que tradicionalmente han tutelado a la arbitrariedad administrativa. Sin dejar de apreciar lo admirable que resulta la existencia de un mecanismo tan severo de ejecución en un ordenamiento jurídico procesal bastante deficiente, es también necesario considerar que éste ha sido implementado por un mediocre legislador, incapaz de armonizar, como de costumbre, todo un contexto de regímenes jurídicos. Lastimosamente, el legislador

---

<sup>327</sup> Es importante también tener en cuenta la sentencia de casación de 29 de mayo de 2001, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente de casación No. 164. En aquella ocasión, una universidad pública protestó contra el auto de ejecución dictado por un tribunal distrital que ordenaba el embargo de cuentas corrientes de dicha entidad. Si bien el recurso de casación no se interpuso alegando la improcedencia del embargo por tratarse de bienes públicos, se puede observar que los tribunales ecuatorianos sí han procedido en contra de tales bienes para efectos de hacer cumplir sus fallos. En el caso mencionado, la Corte Suprema de Justicia en ningún momento observó la improcedencia de la medida de ejecución y desechó el recurso por carecer totalmente de fundamento jurídico. La sentencia está publicada en el Registro Oficial No. 390 de 15 de agosto de 2001, p. 26.

ecuatoriano olvida que muchos jueces del Ecuador –afortunadamente no todos- necesitan protegerse en una norma expresa y clara que les faculte adoptar medidas que los enfrenten con la Administración Pública. Considerando la idiosincrasia judicial ecuatoriana, no basta con una simple remisión al CPC, sino que se hace necesario evitar cualquier interpretación antojadiza con una regulación precisa en la propia LJCA.

El legislador ecuatoriano propicia las dudas –o las válvulas de escape de los jueces- por omitir la necesaria regulación sobre los bienes que pueden ser susceptibles de embargo. Es evidente que para efectos de ejecutar una sentencia adversa a la Administración Pública únicamente se podrían embargar bienes del Estado cuyo régimen jurídico sea ubique dentro de los cánones del Derecho privado. De ningún modo podrían embargarse bienes nacionales de uso público, e incluso, aquellos que se destinan a un servicio público que directamente presta el Estado.

En el caso de los bienes nacionales de uso público, la disposición de embargo constituiría un absurdo.<sup>328</sup> Estos bienes, como destaca Escola, están destinados a la utilidad común y a la satisfacción de necesidades que son, en forma mediata o inmediata, de interés público.<sup>329</sup> De ahí su particular régimen jurídico que los hace imprescriptibles e inalienables. En cuanto a los bienes afectados al servicio público, el embargo de estos bienes produciría en entorpecimiento del servicio, y por ende, la deficiente satisfacción de necesidades públicas, de tal forma que no podrían ser considerados para proceder con ellos a la ejecución de una sentencia.

La LJCA prevé también como mecanismo de presión la configuración del delito de prevaricato para el funcionario que se rehúse o que retarde injustificadamente el cumplimiento de la sentencia. Al respecto, el inciso segundo del artículo 64 dice:

---

<sup>328</sup> Según las definiciones del artículo 604 del Código Civil, los bienes nacionales de uso público son aquellos “cuyo dominio pertenece a la Nación toda” y cuyo uso corresponde a todos los habitantes, como las playas, las calles, etcétera.

<sup>329</sup> Escola, Héctor, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 202-203.

“Los funcionarios o empleados administrativos que retardaren, rehusaren o se negaren a dar cumplimiento a las resoluciones o sentencias del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, estarán incurso en lo preceptuado en el numeral 4o. del Art. 277 del Código Penal”.<sup>330</sup>

Estas medidas punitivas, que se suman a los mecanismos de la responsabilidad civil y administrativa que prevé el ERJAFE, no aseguran el cumplimiento de las sentencias. Sin perjuicio de profundizar sobre esta temática en el capítulo siguiente, en este lugar vale poner de manifiesto que tales medidas muy poco sirven al derecho del administrado, pues no atacan al problema de fondo. Bien puede un funcionario público ser sancionado con prisión por incumplir lo dispuesto en una sentencia, o ser destituido por tal motivo, o bien, soportar una fuerte multa, pero todo ello, en rigor, no tiene relación alguna con el cabal acatamiento de una sentencia y tampoco lo asegura. Por ejemplo, si el administrado demandante obtuvo una sentencia que dispuso que se le otorgue un derecho, como el de jubilación, bien puede estar en la cárcel el funcionario que se resiste a otorgarle dicho derecho declarado por los jueces, pero ninguna relación tiene la prisión con el efectivo otorgamiento de la jubilación. Además, también puede suceder que el funcionario preso no sea el directamente causante del incumplimiento, sino toda una maquinaria administrativa remisa.

## ***2. La ejecución de sentencias adversas a la Administración en el Código Tributario***

En materia tributaria es escasa la regulación del cumplimiento de las sentencias. El artículo 278 del CT se limita a disponer lo siguiente:

---

<sup>330</sup> Código Penal, codificación actual: “Art. 270.- Será reprimido con prisión de uno a cinco años el funcionario público, agente o comisionado del Gobierno, cualquiera que sea su empleo o grado, que hubiere requerido u ordenado, hecho requerir u ordenar, la acción o empleo de la fuerza pública contra la ejecución de una Ley o decreto ejecutivo, contra la percepción de un impuesto legalmente establecido, o contra la ejecución de un decreto, auto o sentencia judicial, o de cualquier orden emanada de la autoridad”.

“Art. 278.- Incumplimiento de la sentencia.- El funcionario o empleado que, por interés personal, afecto o desafecto a una persona natural o jurídica, rehusare o se negare a cumplir, o impidiere el cumplimiento de las sentencias, resoluciones o disposiciones del Tribunal Distrital de lo Fiscal, será sancionado por prevaricato, con arreglo al Código Penal; más, los daños y perjuicios causados, los indemnizará la administración a que pertenezca dicho funcionario o empleado, con derecho de repetición de conformidad con lo dispuesto en el Art. 20 de la Constitución Política de la República, por la cuantía que, a solicitud del interesado, señale el mismo tribunal”.

Como puede observarse, la norma citada prevé la responsabilidad penal del funcionario público *únicamente cuando existe dolo*, pero nada se dice respecto del incumplimiento de sentencias por negligencia. Por lo demás, los daños y perjuicios que ocasionen la falta de acatamiento del fallo los asume la Administración Tributaria, con derecho de repetición frente al funcionario público. En este último aspecto, dada la redacción del artículo 278, surge la duda de si la indemnización es procedente siempre que se demuestre que el incumplimiento de la sentencia se debe al dolo del funcionario, o bien, si la responsabilidad que asume la Administración Tributaria es objetiva, esto es, independiente del dolo del funcionario.

El artículo 278 del CT, en efecto, parte del supuesto de un incumplimiento doloso de la sentencia por parte del funcionario, y a partir de esta premisa, se refiere más adelante al tema de la indemnización por daños y perjuicios a cargo de la Administración Tributaria. En mi opinión, prevalece en todo caso la norma constitucional que regula la responsabilidad extracontractual del Estado, y por tanto, bastará que el incumplimiento de la sentencia ocasione objetivamente un daño al contribuyente para que éste tenga derecho a la indemnización. No obstante lo dicho, para lograr dicha indemnización sería necesario iniciar un nuevo proceso que significa una nueva carga para el contribuyente.

Como podrá observarse, el CT no contempla mecanismos eficaces de ejecución de sentencias adversas a la Administración Tributaria, y ello implica, en la práctica, un beneficio no justificado para ésta.

El CT también contempla disposiciones especiales sobre el cumplimiento de sentencias dictadas en los procesos que se refieren al pago por consignación y al pago indebido o en exceso. Sobre el pago por consignación, el artículo 290 dispone:

“Art. 290.- Procedencia.- Siempre que un recaudador tributario, por sí o por orden de autoridad administrativa superior, se negare a recibir del contribuyente o responsable o de un tercero, el pago del todo o parte de una obligación tributaria, en los casos de los artículos 49 y 50 de este Código, podrá el interesado depositar ese valor en la cuenta bancaria que señale el Consejo de la Judicatura, para que se impute en pago de las obligaciones tributarias que señale el consignante. La institución bancaria mencionada, no podrá negarse a recibir estos depósitos, ni exigirá formalidad alguna para el efecto”.<sup>331</sup>

Una vez realizado el depósito, el contribuyente debe acudir con su demanda al órgano jurisdiccional competente en materia tributaria, el cual, de aceptar dicha demanda, puede declarar extinguida la obligación tributaria, o bien, disponer la imputación del pago parcial correspondiente. Para llevar a efecto la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional, éste ordenará que el banco consignatario

---

<sup>331</sup> Los artículos 49 y 50 del CT disponen lo siguiente:

“Art. 49.- Aceptación parcial de la obligación.- Cuando determinada la obligación tributaria por la administración, el contribuyente o responsable la aceptare en parte y protestare en otra, podrá efectuar el pago de la parte no objetada y formular su reclamo por la otra.

“Los sujetos activos de la respectiva obligación o sus agentes de recaudación no podrán negarse, en ningún caso, a recibir esos pagos.

“Art. 50.- Pago por consignación.- El pago de la obligación tributaria puede también hacerse mediante consignación, en la forma y ante la autoridad competente que este Código establece, en los casos del artículo anterior y en todos aquellos en que el sujeto activo de la obligación tributaria o sus agentes se negaren a recibir el pago”.

acredite en la cuenta de la administración tributaria demandada los valores materia de la consignación.<sup>332</sup>

En el artículo 295 del CT se prevé el caso de una consignación especial, que tiene lugar cuando dos o más administraciones tributarias pretenden el pago del mismo tributo, respecto de un mismo contribuyente. En estos casos, el contribuyente puede depositar el valor de la obligación tributaria en la cuenta bancaria que señale el Consejo de la Judicatura. El órgano jurisdiccional debe determinar en su sentencia cuál administración debe percibir el tributo. De existir títulos de crédito, el órgano jurisdiccional debe ordenar la enmienda o eliminación de los mismos. En este caso de consignación especial, la sentencia se ejecuta con la orden de que se acredite el pago, en todo o en parte, en las cuentas bancarias de la administración tributaria que el Juez ordene.<sup>333</sup>

En los casos de pago indebido o de pago en exceso, aceptada la demanda del contribuyente, el Juez ordenará en sentencia que se reembolse el importe de la obligación tributaria indebida o excesivamente pagada. Para el efecto, se dispone que la autoridad tributaria emita títulos de crédito. Ahora bien, de conformidad con el inciso segundo del artículo 308 del CT,

“Si no se llegare a emitir la nota de crédito, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar por el incumplimiento de la resolución o fallo, conforme al artículo 278,

---

<sup>332</sup> CT: “Art. 293.- Imputación del pago.- La imputación del pago verificado por consignación, se hará en la forma que establece el artículo 47 a menos que el contribuyente objete el pago de una parte de la obligación o de intereses o multas, que no hubieren sido objeto de reclamación y resolución administrativa o de sentencia del tribunal, en cuyo caso se hará la imputación en la forma solicitada por el actor, pero éste deberá presentar su reclamación sobre esos rubros, ante la autoridad correspondiente, en el plazo de ocho días contados desde la consignación; caso contrario, de existir resolución administrativa ejecutoriada o sentencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal, se estará a lo que en ella se disponga”.

<sup>333</sup> CT: “Art. 296.- Término de prueba y sentencia.- Con las contestaciones o en rebeldía, de haber hechos que justificar, se abrirá la causa a prueba por diez días, y vencido este plazo se dictará sentencia, en la que se dispondrá que se entregue o acredite, en todo o en parte, en la cuenta o cuentas bancarias de la administración tributaria que el tribunal ordene, a la vez que se ordenará la eliminación o enmienda de los títulos de crédito que correspondan.

“Si los hechos que fundamenten el derecho al cobro de los tributos disputados, son de aquellos que correspondan a conocimiento y resolución de otras autoridades políticas o jurisdiccionales, el tribunal dispondrá que se mantenga el depósito hasta tanto se dicte por el órgano competente la resolución del caso, que deberá ser notificada al tribunal para que ordene lo que corresponda en materia tributaria, conforme al inciso anterior”.

el contribuyente o responsable podrá compensar directamente los valores reconocidos como pago indebido o del pago en exceso en una declaración del mismo tributo o de cualquier otro de la que sea titular la misma administración tributaria”.

El derecho que se concede al contribuyente de compensar los valores reconocidos como pago indebido o excesivo constituye un mecanismo efectivo para hacer valer lo decidido en sentencia. Con ello es posible vencer el incumplimiento de la Administración Tributaria. No obstante, esta técnica únicamente es aplicable en precisos supuestos, a saber, que existan deudas tributarias con las cuales compensar lo pagado indebidamente o excesivamente, y que dichos tributos correspondan a la misma Administración Tributaria vencida en juicio. Es perfectamente posible que el contribuyente no tenga deudas tributarias con las cuales compensar, o que teniéndolas, pertenezcan a otras administraciones tributarias. En este último caso, la única manera de cumplir con la sentencia será, además de la emisión de los respectivos títulos de crédito, la efectiva devolución al contribuyente de lo indebidamente o excesivamente pagado, más los intereses que correspondan.

En este punto, el CT muestra un vacío que perjudica al contribuyente, cuyo derecho no se satisface con los mecanismos del antes estudiado artículo 278. Sin embargo, en este específico tema de devolución de valores tributarios, sería aplicable el artículo 39 de la LME al cual ya hicimos referencia anteriormente. Por tanto, sería procedente la aplicación del CPC y el embargo de cuentas o bienes patrimoniales del Estado.

### ***3. Novedades introducidas por el Código Orgánico de la Función Judicial***

En el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009, se publicó Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), normativa que reforma la Función Judicial ecuatoriana y que incorpora algunos principios y normas de especial interés para este estudio.

En el Capítulo II del Título I, el COFJ reitera los principios fundamentales que establece la Constitución, y en especial, se pone énfasis en el propósito de que a través de la administración de justicia se logre la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, entre los cuales está el derecho a la tutela judicial efectiva. En lo que interesa a este estudio, el artículo 28 del Código establece el “principio de la obligatoriedad de administrar justicia” en los siguientes términos:

“Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

“No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

“Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”.

En virtud de este postulado, y en atención al propósito general del COFJ de hacer directa e inmediatamente eficaces los derechos fundamentales, puede afirmarse que los jueces no pueden limitarse a administrar una justicia teórica, sino que sus decisiones deben trascender hacia la efectividad de lo que deciden en sus sentencias. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluye en su contenido esencial el cumplimiento cabal de los fallos judiciales. Precisamente, sobre esta temática, el artículo 15 del COFJ, en congruencia con la norma que se comenta, expresa que el Estado es responsable por cualquier violación al derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>334</sup>

---

<sup>334</sup> COFJ:

En consideración a lo que dispone el citado artículo 28, y muy especialmente, a lo que establecen los incisos segundo y tercero, ¿podría sostenerse que los jueces ecuatorianos, para cumplir con su obligación, están autorizados para suplir las insuficiencias normativas de la LJCA y del CT en lo que se refiere a la ejecución de sentencias adversas a la Administración? Una respuesta afirmativa sería excesiva, pues a guisa de la obligatoriedad de administrar justicia, no podría deducirse que los jueces tienen la atribución de suplir al Legislador. Es éste, por competencia constitucional y por función natural, quien debe ocuparse de diseñar las debidas técnicas de ejecución de sentencias mediante las pertinentes reformas e innovaciones a la normativa de la LJCA y del CT.

El artículo 30 del COFJ se refiere al principio de colaboración con la Función Judicial, según el cual las instituciones públicas y privadas tienen el deber de cooperar con los jueces y cumplir sus providencias:

“Art. 30.- PRINCIPIO DE COLABORACIÓN CON LA FUNCIÓN JUDICIAL.- Las Funciones Legislativa, Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, con sus organismos y dependencias, los gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, y más instituciones del Estado, así como las funcionarias y

---

“Art. 15.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.

“En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

“Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.

“Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

“Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley”.

funcionarios, empleadas y empleados y más servidoras y servidores que los integran, están obligados a colaborar con la Función Judicial y cumplir sus providencias.

“La Policía Nacional tiene como deber inmediato, auxiliar y ayudar a las juezas y jueces, y ejecutar pronto y eficazmente sus decisiones o resoluciones cuando así se lo requiera.

“Las juezas y jueces también tienen el deber de cooperar con los otros órganos de la Función Judicial, cuando están ejerciendo la facultad jurisdiccional, a fin de que se cumplan los principios que orientan la administración de justicia.

“Las instituciones del sector privado y toda persona tienen el deber legal de prestar auxilio a las juezas y jueces y cumplir sus mandatos dictados en la tramitación y resolución de los procesos. Las personas que, estando obligadas a dar su colaboración, auxilio y ayuda a los órganos de la Función Judicial, no lo hicieran sin justa causa, incurrirán en delito de desacato”.<sup>335</sup>

Esta disposición en cierto sentido recuerda al artículo 103 de la Ley española Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, que al determinar los principios que orientan la ejecución de sentencias, también ordena a las instituciones públicas y privadas colaborar con los jueces para hacer cumplir con sus fallos. A la mencionada norma española haré referencia más adelante, pero en este lugar cabe destacar que dicha ley resalta el protagonismo judicial en el cometido de la ejecución de las sentencias, de tal modo que la Administración Pública se convierte en una mera parte vencida en juicio, que no ostenta ninguna competencia en lo que se refiere a dicha ejecución. De esta manera, en el Derecho español el Juez goza de amplias atribuciones para obligar al

---

<sup>335</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, desacato significa: “Falta del debido respeto a los superiores [...] Irreverencia para con las cosas sagradas [...] En algunos ordenamientos, delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija”. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 755.

En el ordenamiento ecuatoriano es frecuente el empleo erróneo de la palabra desacato para referirse a la desobediencia.

cumplimiento de los fallos, incluso, solicitando el auxilio de otras administraciones públicas cuando existe resistencia de la autoridad vencida.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, en el ecuatoriano no podría decirse que el artículo 30 del COFJ puede lograr igual efecto en lo relacionado con la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública. En esta temática, hace falta una específica reforma a la LJCA que, en primer término, derogue la competencia que tiene la Administración para ejecutar las sentencias que les son adversas y que otorgue exclusivamente a los jueces tal atribución, para posteriormente determinar procedimientos y técnicas de carácter propiamente judicial que constriñan al cumplimiento. Esto es precisamente lo que hace la Ley española, mientras que el Código ecuatoriano solamente impone una obligación genérica.

En suma, del análisis que antecede bien puede aseverarse que el Código Orgánico de la Función Judicial incorpora una importante base conceptual que favorece a la ejecución de sentencias. Sin embargo, en el concreto tema de la ejecución de sentencias contencioso administrativas adversas a la autoridad, hace falta el diseño de técnicas específicas que garanticen cabalmente el cumplimiento de los fallos y aseguren el respeto al derecho del administrado.

No obstante lo dicho, también es menester resaltar que el COFJ contiene innovaciones que contribuyen a mejorar el panorama actual de la ejecución de sentencias contencioso administrativas. El artículo 132 concede a todos los jueces la facultad de imponer multas coercitivas para lograr el acatamiento de sus decisiones.<sup>336</sup>

“Art. 132.- FACULTADES COERCITIVAS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- En cumplimiento de lo que dispone el artículo 75 de la Constitución de la República las juezas y jueces pueden:

“1. Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión,

---

<sup>336</sup> El mecanismo de apremio previsto en el artículo 132 del Código recuerda a la técnica francesa de las *astreintes*, a la cual me referiré en detalle más adelante.

sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal. La multa será establecida discrecionalmente por el tribunal, jueza o juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.

“Las cantidades serán determinadas considerando la cuantía o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

“Siguiendo estos lineamientos, los jueces podrán imponer multas de entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas; la sanción se aplicará sin perjuicio del cumplimiento del mandato,<sup>337</sup> y,

“2. Remitir los antecedentes a la Fiscalía General, si estimare que la resistencia a la orden judicial pueda encuadrar en infracción penal”.<sup>338</sup>

Según lo que dispone la norma citada, la multa de apremio tiene las siguientes características básicas:

- Por tratarse de una medida de coerción, la multa de apremio es independiente de la obligación que impone la sentencia o la providencia judicial.
- La multa la fija discrecionalmente el Juez, a quien se le otorga la facultad de apreciar las circunstancias del incumplimiento.

---

<sup>337</sup> Durante el año de 2009, la remuneración básica unificada del trabajador en general fue de 248 dólares de los Estados Unidos de América. Es decir, que la multa de apremio a la que se refiere el artículo 132 del Código Orgánico de la Función Judicial no puede sobrepasar los 6200 dólares diarios, es decir, 25 remuneraciones básicas unificadas. Sobre los montos de la remuneración básica unificada, véase República del Ecuador, Ministerio del Relaciones Laborales, <http://www.mintrab.gov.ec>

<sup>338</sup> El artículo constitucional al que se remite esta norma reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

- El monto de la multa depende de la cuantía o de la naturaleza del asunto, y en todo caso, puede variar según la capacidad económica del obligado.

Este mecanismo de apremio indudablemente constituye un importante avance para vencer la resistencia de la parte obligada a cumplir con lo que disponen los jueces, pero en mi opinión requiere adecuarse a las especialidades y particularidades de la materia contencioso administrativa. En efecto, en el Derecho procesal administrativo ecuatoriano la parte demandada es el *órgano administrativo* que emitió el acto o disposición que se impugna, tal como disponen los artículos 24 literal a) de la LJCA y 227 del CT. Por consiguiente, si quien debe cumplir una sentencia adversa es el órgano administrativo demandado, es a éste a quien se le deberá imponer la multa de apremio en caso de desobediencia. Sin embargo, como los órganos administrativos son parte de una persona jurídica pública, la cual actúa por su intermedio, lo más lógico es que la multa la soporte dicha persona jurídica. Además, considero que no sería lo más justo y prudente que la multa la soporte la persona física que funge como titular del órgano administrativo, pues no necesariamente y en todos los casos los incumplimientos se deben a la resistencia de personas determinadas, sino que dicho incumplimiento perfectamente puede deberse a las trabas que se derivan de una compleja estructura burocrática y a las consecuencias de los enmarañados procedimientos que aplica. Esto no quiere decir que la persona física del funcionario esté exenta de responsabilidad frente a la persona pública si se demuestra que por acción u omisión ocasionó la aplicación de la multa coercitiva, pero en mi opinión este aspecto deberá determinarse en cada caso.

### **III. EN EL DERECHO COMPARADO**

La exposición que a continuación se hará tiene el específico propósito de observar algunas soluciones que otros ordenamientos han implementado para resolver el problema de la ejecución de sentencias adversas a la Administración.

Debo reiterar que acudir en este trabajo al Derecho comparado se guía por la metodología de obtener una *herramienta de análisis crítico* que servirá para apreciar la forma cómo, en ciertos casos, la problemática de la ejecución de sentencias deriva de *condicionamientos dogmáticos* que limitan las facultades del Juez. También dicha herramienta permitirá considerar, en otros casos, una superación de aquéllas condicionantes. En virtud de estas precisiones, la exposición que a continuación se hace no pretende agotar pormenorizadamente los distintos aspectos y problemas que plantean los sistemas que se estudian, sino resaltar aquellos elementos que sean útiles para apreciar la influencia de determinados conceptos e ideas y el proceso de superación de los mismos.

De igual manera, y en congruencia con los propósitos y metodología antes indicados, es necesario señalar que el análisis de sistemas extranjeros no significa una propuesta de implementación en México o en Ecuador de determinadas soluciones normativas extranjeras. Insisto en que el propósito es observar la influencia de determinados condicionamientos dogmáticos y la progresiva reformulación de las bases conceptuales que guían los sistemas de ejecución de sentencias contencioso administrativas. La utilidad de esta referencia al derecho comparado está en la propuesta de una base teórico conceptual redefinida, y no necesariamente en el planteamiento de una precisa solución normativa o técnica.

Por último, cabe indicar que la selección de los sistemas que a continuación se expondrán –siempre con guía en los límites, metodología y propósitos señalados- se ha hecho considerando la influencia que tienen en México y en Ecuador, como es el preciso caso de los sistemas francés y español.

## **1. Francia**

La primera singularidad que puede destacarse del sistema francés de justicia administrativa es que funciona a través de un complejo orgánico de carácter jurisdiccional que se ubica en la estructura de la misma Administración. El origen de este “sistema jurisdiccional administrativo” –tal como indica Moderne- se remonta a la Revolución Francesa, y concretamente, tiene su justificación en una

particular interpretación del principio de “división de poderes”.<sup>339</sup> Como antecedentes legislativos, pueden citarse dos antiguos textos: la Ley de 16 de agosto de 1790 y el Decreto 16 de Fructidor del año III (2 de septiembre de 1795). El artículo 13 de la Ley citada dispone:

“Art. 13. Las funciones judiciales son y permanecerán siempre distintas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar, de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones”.<sup>340</sup>

Por su parte, el Decreto de 2 de septiembre de 1795 anuló todo tipo de procedimiento o juicio que pueda instaurarse en contra de los cuerpos administrativos, de tal manera que se prohibió a los tribunales judiciales conocer de los actos administrativos.<sup>341</sup>

No obstante, la misma ideología revolucionaria, plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, enfrentaría al citado postulado con singulares paradojas de necesaria solución, precisamente, cuando enfrentó la necesidad de hacer efectivos y eficaces los principios de legalidad y de tutela de los derechos fundamentales. En efecto, el espíritu que anima a la Declaración es la proscripción de la arbitrariedad, consecuencia lógica y necesaria del fundamental principio de legalidad que instaura la Revolución.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> Cfr. Moderne, Franck, “La Evolución de la Justicia Administrativa en Francia”, *Revista del Poder Judicial*, No. 47, tercer trimestre de 1997, Donostia-San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004, versión en CD-ROM.

<sup>340</sup> *Ibidem*. Este precepto, al igual que la disposición del Decreto 16 de Fructidor del año III, tienen su explicación en la profunda y decisiva desconfianza que los revolucionarios tenían respecto de muchos esquemas y problemáticas que se presentaban en el Antiguo Régimen. Al respecto, Moderne (*ibidem*) explica la citada norma indicando, justamente, que: “[...] los revolucionarios aludían indirectamente a los Parlamentos judiciales regionales del Antiguo Régimen y a los (sic) interferencias continuas a que estos tribunales habían sometido a la administración del Rey durante los últimos años prerrevolucionarios”. Se trata, en suma, de un postulado que se explica en un preciso contexto histórico y político.

<sup>341</sup> Véase, République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000668326&dateTexte=&fastPos=1&fastReqlId=1832696385&oldAction=rechTexte>.

<sup>342</sup> Cfr. Moderne, Franck, *op. cit.*, en nota 339.

El resultado de la ideología política de la Revolución fue su particular sistema de jurisdicción contencioso administrativa, que solucionaba el dogma de la

---

Tales propósitos fundamentales se expresan, desde un inicio, en el preámbulo de la Declaración, en cuanto establece que la ignorancia, el olvido o el desprecio respecto de los derechos del hombre son la única causa de las desdichas públicas y de la corrupción de los gobiernos. El preámbulo dice: « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». (République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit* <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>).

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecerá que el fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Cualquier sociedad en que los derechos naturales de hombre y la división de poderes no se encuentren garantizados, carecerá de Constitución. La libertad, según la Declaración, consiste en poder hacer lo que no perjudica al otro, de tal modo que los derechos naturales de cada hombre sólo tienen por límite los que aseguran a los demás el disfrute de los mismos derechos. Estos límites únicamente pueden ser determinados por la ley. Se concreta, por otra parte, que la ley sólo tiene derecho de impedir las acciones perjudiciales a la sociedad, en virtud de lo cual, "Todo lo que no está impedido por la Ley, no puede ser prohibido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena". En congruencia con estas disposiciones, la Declaración dispone que sólo se puede exigir obediencia en nombre de la ley, en cuanto expresión de la voluntad general, y que toda orden o acto arbitrario debe ser penado. Los artículos 2, 5, 6, 7 y 16 de la Declaración disponen:

« Art. 2.

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

« Art. 5.

« La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

« Art. 6.

« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

« Art. 7.

« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance

« Art. 16.

« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>.

separación y no interferencia de los jueces en la Administración mediante la creación de una esfera propia de justicia dentro de las mismas estructuras administrativas. Además, estos esquemas doctrinarios dieron lugar al *dualismo jurisdiccional* francés, que supone, por una parte, unos jueces judiciales, y por otra, unos jueces administrativos. Estos postulados, indudablemente determinantes de un sistema particular, son dignos de consideración en cualquier intento de adoptar la técnica francesa, mucho más aun cuando se pretende incorporarla a un sistema tradicionalmente judicialista.<sup>343</sup> Serán el Consejo de Estado y Consejos de Prefectura, en un inicio, y posteriormente dicho Consejo, las cortes de apelación, los tribunales administrativos y ciertos tribunales especializados, quienes resolverán los conflictos que surjan entre la propia Administración y los administrados.

En una primera etapa, el sistema administrativo funcionó según la modalidad de “jurisdicción retenida”. En realidad, solamente existían recursos administrativos, pues el administrado que sentía que la actuación administrativa le perjudicaba, debía acudir a la Administración para que ésta resuelva las “dificultades” producidas por dicha actuación. La resolución de la “dificultad” correspondía al ministro, y eventualmente al Jefe de Estado, mientras que al Consejo de Estado le estaba confiada la preparación del proyecto de resolución que suscribiría el funcionario. A nivel departamental, la preparación de la resolución, que debía suscribir el prefecto, correspondía al Consejo de Prefectura.<sup>344</sup> Como resalta Moderne, el Consejo de Estado, órgano mitad político, mitad administrativo, era

---

<sup>343</sup> Como se dijo en el capítulo primero, el principio de división de poderes –o en mejores términos el *principio de división de funciones*– no supone una fractura del poder público o el aislamiento de los órganos constitucionales (los revolucionarios franceses habrán tenido sus razones para formular sus particulares planteamientos dogmáticos). Se trata de un mecanismo de *garantía que evita la concentración del poder para evitar la arbitrariedad*, propósito que de ningún modo puede anular la *indispensable colaboración* que debe existir entre los diversos órganos constitucionales, cuya actuación no se explica aisladamente, sino en una conjunción armónica dirigida a lograr los fines del Estado y la atención a los cometidos públicos. Véase, supra capítulo primero, número I, acápite 1.

Un análisis sobre esta temática, en cuanto plantea especiales vicisitudes a las técnicas de ejecución de sentencias, se realizará en el capítulo siguiente.

<sup>344</sup> Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José y Chrétien, Patrice, *Droit Administratif*, 7e. édition, Paris, Dalloz, 2000, p. 30-31.

literalmente un “Consejo”, no un juez.<sup>345</sup> Posteriormente, la Ley de 24 de mayo de 1872, inaugura modalidad de “justicia delegada” pues dota al Consejo de Estado la facultad de resolver, por sí mismo, las controversias que se susciten en relación con la actuación administrativa. El Consejo de Estado se convertiría en juez de derecho común en la materia, en un juez especializado e independiente de la denominada Administración activa.<sup>346</sup>

Sin embargo, en el concreto tema de la ejecución de las sentencias adversas a la Administración, el sistema francés no previó, hasta épocas más o menos recientes, facultades que el Consejo de Estado pudiera ejercer para lograr el cumplimiento de sus fallos, en virtud de lo cual *la ejecución de las sentencias quedaba exclusivamente a cargo de la propia Administración Pública derrotada en el proceso*. Durante mucho tiempo, el Consejo de Estado se rehusó a imponer a una persona determinada una prescripción acompañada de multa, pues se precisaba que la función del Juez administrativo es anular los actos administrativos contrarios a Derecho, verificar los derechos y obligaciones recíprocas de las partes y determinar los daños y perjuicios para que eventualmente se puedan reclamar, pero de ningún modo sus facultades jurisdiccionales le autorizan intervenir en la gestión administrativa e imponer, con amenaza de sanción, prescripciones a la Administración ni a las personas que contratan con ella.<sup>347</sup>

En suma, la distinción entre la Administración activa y el Juez administrativo –la función de actuar y de juzgar dentro del propio ejecutivo- se interpretó de un modo rígido, según la convicción de que dictar prescripciones a la Administración, indicarle la conducta a seguir, o bien sustituir la decisión anulada por otra,

---

<sup>345</sup> Moderne, Franck, *op. cit.*, en nota 339.

<sup>346</sup> Cfr. Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José y Chrétien, Patrice, *op. cit.*, en nota 344, p. 31. Moderne, Franck, *op. cit.*, en nota 339.

<sup>347</sup> Long, Marceu *et. al.*, *Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, trad. de Leonardo Torres y Humberto Mora Osejo, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, pp. 550.

constituían una injerencia en el funcionamiento de los servicios públicos, prohibida tanto al Juez administrativo como al Juez judicial.<sup>348</sup>

A la problemática descrita se suma el “principio general del Derecho” según el cual los bienes de las personas públicas son inalienables e inembargables, a la sazón, consecuencia de la Ley de 16 de agosto de 1790. La idea de que los jueces no pueden perturbar, de cualquier manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, se opone a las vías ejecutivas del derecho común, “[...] a los procedimientos ejecutivos que, al dirigirse contra la administración, evidentemente, tienen por objeto y efecto ‘perturbar’, de una manera u otra, sus operaciones”.<sup>349</sup>

El problema de la ejecución de las sentencias empieza a enfrentarse – tímidamente por cierto- mediante el Decreto No. 63-766 de 30 de julio de 1963, publicado en el *Journal Officiel* de 1 de agosto de 1963, relacionado con la organización y funcionamiento del Consejo de Estado. Los artículos 58 y 59 prevén mecanismos no contenciosos para lograr el cumplimiento de las sentencias dictadas por el Consejo.<sup>350</sup> Una primera técnica, prevista en el artículo 58, otorga a

---

<sup>348</sup> Cfr. *Idem*. Véase también, Rivero, Jean, “El hurón en el Palacio Real o reflexiones ingenuas sobre el recurso por exceso de poder”, en Rodríguez, Libardo (Dir.), *Páginas de Derecho Administrativo, libro homenaje*, Bogotá, Universidad del Rosario, Editorial Temis, 2002, p. 64.

<sup>349</sup> Long, Marceau *et. al.*, *op. cit.*, en nota 347, pp. 569.

<sup>350</sup> Los citados artículos, textualmente, dicen: « Art. 58.- Lorsque le Conseil d’Etat statuant au contentieux a prononcé l’annulation pour excès de pouvoir d’un acte administratif ou, dans un litige de pleine juridiction, a rejeté tout ou partie des conclusions présentées en défense par une collectivité publique, les ministres intéressés ont la faculté de demander au Conseil d’Etat d’éclairer l’administration sur les modalités d’exécution de sa décision. Le vice-président du Conseil d’Etat et le président de la section du contentieux peuvent, dans les mêmes cas, inviter le président de la commission prévue à l’article 3 du présent décret à appeler l’attention de l’administration sur les suites à donner à une décision.

« Ces demandes donnent lieu à la désignation d’un membre du Conseil d’Etat dont la mission auprès de l’administration s’exerce sous l’autorité du président de la commission prévue à l’article 3 du présent décret. Le cas échéant, il est fait mention de l’affaire dans le rapport annuel du Conseil d’Etat.

« Art. 59.- Les requérants peuvent, après l’expiration d’un délai de six mois à compter de la date à laquelle une décision leur accordant satisfaction, même partielle, a été lue, signaler à la commission prévue à l’article 3 du présent décret les difficultés qu’ils rencontrent pour obtenir l’exécution de cette décision.

« Un rapporteur peut être désigné ; le cas échéant, il est fait mention de l’affaire au rapport annuel du Conseil d’Etat ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*,

los ministros interesados la facultad de dirigirse al Consejo de Estado para que se les aclare sobre las modalidades de ejecución de la sentencia adversa, sea que ésta provenga de un recurso por exceso de poder, sea que provenga de uno de plena jurisdicción. En este caso, se procede a designar un ponente, que se desempeña bajo la autoridad del presidente de la Comisión de Informe y de Estudios del Consejo de Estado (*Commission de Rapport et des Etudes*), para que se oriente a la Administración sobre el modo de asegurar una ejecución definitiva del *arrêt* de que se trate.

La norma citada también prevé la posibilidad de que el Vicepresidente del Consejo de Estado o el Presidente de la Sección de lo Contencioso promuevan la intervención del Presidente de la Comisión de Informe y de Estudios, para que se llame la atención a la autoridad administrativa sobre las consecuencias de la decisión, caso en el cual, al igual que en el supuesto anterior, también se designa un ponente con una misión de orientación.<sup>351</sup>

De conformidad con el artículo 59 del Decreto, también pueden los recurrentes acudir a la Comisión de Informe y de Estudios, luego de transcurrido un plazo de seis meses (actualmente son tres) sin que la sentencia se haya cumplido, para indicar las dificultades que encuentren en el cumplimiento del fallo. Ello dará lugar a la designación de un ponente que pedirá explicaciones a la Administración, le informará sobre su obligación de dar cumplimiento a la decisión y le explicará sobre las maneras de respetar lo resuelto. El mismo artículo, prevé la posibilidad de que, ante la renuencia de la autoridad, se haga pública su conducta en el informe anual del Consejo de Estado.<sup>352</sup>

En la legislación francesa se encuentra previsto el *Médiateur*, cuya función es intervenir, de modo conciliatorio, en los conflictos que se susciten entre los

---

[http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19630801&pageDeb ut=071107&pageFin=&pageCourante=07112](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19630801&pageDeb ut=071107&pageFin=&pageCourante=07112).

<sup>351</sup> Fernández, Tomás-Ramón, "De nuevo sobre la Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas", *Revista de Administración Pública*, número 84, septiembre-diciembre, 1977, p. 267, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977\\_084\\_263.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977_084_263.PDF).

<sup>352</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 268. Véase también, Théry, Jean-François, "Eficacia de la Jurisdicción Administrativa en Francia y la Ejecución de Sentencias", *El Contencioso Administrativo México-Francia*, memoria del Seminario Internacional, México, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, Conseil d'Etat, 1999, p. 236.

ciudadanos y la Administración. De conformidad con la Ley No. 76-1211 de 24 de diciembre de 1976, publicada en el *Journal Officiel* de 28 de diciembre de 1976, el *Médiateur* puede emplazar (*enjoindre*) a la autoridad incumplidora de una sentencia para que, dentro de un plazo, la acate. De persistir el incumplimiento, tal actitud será objeto de difusión pública, al preverse la publicación de un informe especial en el *Journal Officiel*.<sup>353</sup>

Agotados estos mecanismos no contenciosos o conciliatorios, el administrado no tenía otra opción que promover un nuevo juicio contencioso administrativo y la consiguiente anulación del nuevo acto en que se plasme la resistencia de la Administración. Se admite también la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que también debe formularse en un nuevo proceso.<sup>354</sup>

Destaca Rivero que aquellos mecanismos conciliatorios no contenciosos, no incluyen ningún mecanismo de presión determinado, pero tienen una importancia “psicológica” considerable,

“[...] tanto para el justiciable, que ya no se sentía abandonado frente a una Administración sobre la cual no tenía ningún poder, como para el juez administrativo, invitado en lo sucesivo a hacerle seguimiento a la ejecución de sus decisiones, respecto de las cuales, hasta el momento, nada lo incitaba a

---

<sup>353</sup> La citada Ley reformó la normativa que creó la figura del *Médiateur* (Ley No. 73-6 de 3 de enero de 1973). El texto pertinente dispone: « Art. 4.- L'article 11 de la loi précitée du 3 janvier 1973 est ainsi rédigé:

« Art. 11.- Le médiateur ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle, mais a la faculté de faire des recommandations à l'organisme mis en cause.

« Il peut, en outre, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de justice fait l'objet d'un rapport spécial présenté dans les conditions prévues à l'article 14 et publié au Journal officiel ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19761228&pageDebut=07493&pageFin=&pageCourante=07493](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19761228&pageDebut=07493&pageFin=&pageCourante=07493).

<sup>354</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 351, p. 267.

preocuparse, ya que su tarea se acababa cuando se promulgaba la sentencia. Sin embargo eso quedaba únicamente en el ámbito de la presión moral”.<sup>355</sup>

Posteriormente, mediante Ley No. 80-539 de 16 de julio de 1980, se otorgaron al Consejo de Estado las facultades de *prescribir y multar*, lo cual constituyó un importante evolución que superaba las consecuencias de aquel “principio” de que el Juez administrativo no podía imponer medidas coercitivas a la Administración.<sup>356</sup> El artículo 2 de dicha Ley, en efecto, dispone que en caso de inejecución de una decisión dictada por una jurisdicción administrativa, el Consejo de Estado puede, aun de oficio, amenazar con una multa coercitiva (*astreinte*) a las personas de derecho público, con el fin de asegurar la ejecución de dicha decisión.<sup>357</sup> La norma, como puede verse, no se limita a las sentencias que dicta el Consejo de Estado, sino a las que provienen de cualquier jurisdicción

---

<sup>355</sup> Rivero, Jean, “El Demandante frente al Juez Administrativo”, en Rodríguez, Libardo (Dir.), *Páginas de Derecho Administrativo, libro homenaje*, Bogotá, Universidad del Rosario, Editorial Temis, 2002, pp. 246-247.

<sup>356</sup> Esta facultad se reservó exclusivamente al Consejo de Estado y no se otorgó a las cortes de apelación y a los tribunales administrativos. Tal facultad debía ejercerse a través del Presidente de la Sección de lo Contencioso, como dispone el artículo 6 de la Ley: « Art. 6.- Les pouvoirs attribués au Conseil d’Etat par la présente loi peuvent être exercés par le président de la section du contentieux ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

Según Parejo Alfonso, esta reserva de competencia para el Consejo de Estado se debe a la evolución de la materia desde el Decreto de 1963, pues se considera que dicho órgano tiene una posición especialmente idónea para conocer de la materia administrativa. A ello se suma la conveniencia de permitir y propiciar la combinación y coordinación entre el ejercicio del poder de *astreinte* y los procedimientos ya existentes de ejecución. Por último, señala el autor citado que se tuvo presente la necesidad de evitar dilaciones indebidas, habida cuenta de que si las facultades de constreñir se otorgaban también a los jueces administrativos inferiores, la posibilidad de apelar las decisiones de éstos terminaría llevando los temas de ejecución al Consejo de Estado. Parejo Alfonso, Luciano, “Los Poderes de Ejecución del Juez Contencioso-Administrativo: la Ley Francesa de 16 de julio de 1980”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 33, abril-julio de 1982, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

<sup>357</sup> El artículo 2 de la Ley textualmente dispone: « Art. 2.- En cas d’inexécution d’une décision rendue par une juridiction administrative le Conseil d’Etat peut, même d’office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l’exécution de cette décision ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

Este mecanismo de la multa de apremio (*astreinte*) es similar al que emplea la LFPCA mexicana, con la diferencia que en el Derecho francés se la impone a la persona pública, mientras que en el Derecho mexicano se la aplica al funcionario.

administrativa. No obstante, como señalan Marceau Long *et. al.*, el Consejo de Estado

“[...] no interviene en la ejecución de las decisiones de los tribunales administrativos y de las cortes administrativas de apelación sino cuando ellos le remiten las demandas sentadas ante ellos. Mantiene su competencia para la ejecución de sus propias decisiones y de las decisiones de las jurisdicciones especializadas [...]”.<sup>358</sup>

Sin embargo, como destaca Parejo Alfonso, la Ley francesa de 16 de julio de 1980 no alteró los principios teóricos tradicionales que rigen al contencioso administrativo francés, ya que no contiene disposición alguna que permita al Juez administrativo sustituir o subrogar a la Administración para dar efectivo cumplimiento a las sentencias. La autoridad administrativa, por tanto, sigue conservando en sus manos la facultad de implementar los medios necesarios para la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, aunque con pérdida de su libertad de acción, no por injerencia del Juez, sino condicionada por las determinaciones jurídicas que contiene la sentencia.<sup>359</sup>

La ley que se comenta, como ya se advirtió, solamente incorpora un *mecanismo de presión que se ejerce sobre el patrimonio*: la multa coercitiva o *astreinte*. En cuanto medida de ejecución de sentencias, la *astreinte* tiene una naturaleza *accesoria e independiente* de la condena principal y de los daños y perjuicios que haya sufrido el demandante por el incumplimiento.<sup>360</sup> En efecto, como puede observarse en las disposiciones de los artículos 2 y 3 de la Ley, la función de la *astreinte* no es reparar un menoscabo (“*Elle est indépendante des dommages et intérêts*”),<sup>361</sup> sino garantizar el acatamiento de las decisiones del Juez frente a la resistencia de la autoridad administrativa (“*assurer l’exécution*”).<sup>362</sup>

---

<sup>358</sup> Long, Marceau, *et. al.*, *op. cit.*, en nota 347, pp. 554-555.

<sup>359</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 356.

<sup>360</sup> *Cfr. Ibidem.*

<sup>361</sup> El artículo 3 de la Ley de 16 de julio de 1980 dispone: « Art. 3.- L’astreinte est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que le Conseil d’Etat n’ait précisé son caractère définitif. Elle est indépendante des dommages et intérêts ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*,

El régimen jurídico de las *astreintes*, de conformidad con las disposiciones de la Ley que se comenta, y según el análisis que sobre esta normativa realiza Parejo Alfonso, lo podemos esquematizar de la siguiente manera:<sup>363</sup>

a. Las *astreintes* no proceden como una medida preventiva del incumplimiento, sino que su imposición está condicionada al caso de *inejecución comprobada*, tal como lo precisa el artículo 2 de la Ley: “*En cas d’inexécution d’une décision rendue par une juridiction administrative [...]*”.

Esta condición de procedencia implica que la ley reconoce a la Administración la posibilidad de cumplir normalmente con la sentencia previamente a cualquier procedimiento de imposición de la multa coercitiva. Esto se confirma con la disposición del artículo 59-1 del Decreto No. 81-501 de 12 de mayo de 1981, el cual establece que las peticiones que se dirijan al pronunciamiento de una *astreinte* no pueden ser presentadas antes del plazo de seis meses contados desde la fecha de notificación de la sentencia.<sup>364</sup> En otros

---

[http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

<sup>362</sup> Aquellos caracteres de autonomía de la condena principal y de las reparaciones debidas al administrado, se reflejan también en el artículo 5 de la Ley, que permite al Consejo de Estado decidir si la multa coercitiva se entrega en su totalidad al demandante, o bien, se destinan al equipamiento de las entidades locales. El citado artículo 5 establece: « Art. 5.- Le Conseil d’Etat peut décider qu’une part de l’astreinte ne sera pas versée au requérant.

« Cette part profite au fonds d’équipement des collectivités locales ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

<sup>363</sup> Véase, Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 356. El análisis que se expone enseguida tiene por guía el trabajo del autor citado, que esquematiza las líneas maestras de la regulación positiva de las *astreintes* señalando los siguientes aspectos fundamentales: 1) el reconocimiento al Juez administrativo del poder de constreñir; 2) la limitación del poder de *astreinte* al supuesto de inejecución comprobada; 3) la reserva de competencia para pronunciar *astreintes* al Consejo de Estado; 4) la entrega de la *astreinte* al arbitrio judicial; 5) la liquidación efectiva de la *astreinte* de consumarse la inejecución total o parcial de la sentencia o verificarse su cumplimiento con retraso, según el carácter provisional o definitivo con que la misma haya sido pronunciada; y, 6) la independencia de la *astreinte* respecto de los daños y perjuicios sufridos por el titular de la ejecutoria.

<sup>364</sup> Artículo 59-1 del Decreto No. 81-501 de 12 de mayo de 1981: « Les demandes tendant à ce que le Conseil d’Etat prononce une astreinte pour assurer l’exécution d’une décision rendue par une juridiction administrative ne peuvent être présentées avant l’expiration d’un délai de six mois à compter de la date de notification de cette décision ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19810514&numTexte=&pageDebut=01406&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19810514&numTexte=&pageDebut=01406&pageFin=).

términos, solamente podrá hablarse de incumplimiento luego de transcurrido el plazo antes señalado, y este transcurso es condición para que se pueda solicitar la aplicación de una *astreinte*. Actualmente, también se puede presentar una petición para que se imponga la multa coercitiva si el demandante ha solicitado a la Administración el cumplimiento y ésta se ha negado expresamente.<sup>365</sup>

b) La Ley de 16 de julio de 1980 permite que el Consejo de Estado goce de amplia *discrecionalidad* para decidir sobre los pormenores de aplicación de la medida de apremio. El Consejo de Estado puede fijar el momento en que comienza a regir la sanción pecuniaria, que puede ser establecido, bien al momento de pronunciar la *astreinte*, bien refiriéndola a una fecha posterior para dar oportunidad a la Administración de evitar dicha sanción. De igual manera, el Consejo de Estado tiene libertad para determinar el monto de la multa de apremio (que en cuanto medida de ejecución no tiene vinculación alguna con el monto de las reparaciones debidas al demandante), la manera en que se calculará (como suma alzada o a un tanto por día o mes de retraso), además de que es posible disponer que el monto de la sanción se incrementará progresivamente cada vez que transcurran ciertos tiempos sin que se verifique el cumplimiento.<sup>366</sup>

La discrecionalidad de que goza el Consejo de Estado se aprecia también en el artículo 3 de la Ley de 16 de julio de 1980, que establece que la *astreinte* puede ser provisional o definitiva: "*L'astreinte est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que le Conseil d'Etat n'ait précisé son caractère définitif*". Puede observarse que la *astreinte* debe ser considerada, en principio, como provisional, lo cual no obsta la facultad del Consejo de Estado de fijarla como definitiva. Ello traduce la posibilidad de que el Consejo aprecie libremente las circunstancias del caso para decidir el carácter de la medida de ejecución.

---

<sup>365</sup> Véase, République Française, Conseil d'Etat, "L'exécution des décisions du juge administratif", *Les fiches de la justice administrative*, <http://www.conseil-etat.fr/ce/japrat/pdf/FicheN11.pdf>.

<sup>366</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* en nota 356.

La *astreinte* provisional, como se dispone en el artículo 4 de la ley,<sup>367</sup> será liquidada en caso de inejecución total o parcial o ejecución tardía. No obstante, también se permite que el Consejo de Estado modere o suprima la multa coercitiva. En suma, la *astreinte* provisional es revisable por el Consejo según fuere la conducta que la Administración adopte en torno a la ejecución de la sentencia incumplida, lo cual también expresa la facultad del Juez administrativo de apreciar las circunstancias que rodean al caso.

Distinta es la situación de una *astreinte* establecida con carácter definitivo, la cual no puede ser revisada al momento de su liquidación, de tal modo que ésta simplemente consistirá en la aplicación automática de la multa, tal como haya sido configurada por el Consejo de Estado (a suma alzada o a un tanto por día o mes de retraso).<sup>368</sup> En este caso, la Ley únicamente prevé la excepción del caso fortuito o fuerza mayor para variar la inmutabilidad de la condena definitiva (“*Sauf s’il est établi que l’inexécution de la décision provient d’un cas fortuit ou de force majeure*”); situación excepcional, que según observa Parejo Alfonso, sólo podría admitirse si el caso fortuito o la fuerza mayor acaece en el lapso de tiempo que media entre el pronunciamiento de la *astreinte* definitiva y la fecha de liquidación de ésta.<sup>369</sup>

El artículo 7 de la ley<sup>370</sup> se refiere a la responsabilidad personal del funcionario que haya ocasionado la imposición de una *astreinte*, quien puede ser

---

<sup>367</sup> El citado artículo dispone: « Art. 4.- En cas d’inexécution totale ou partielle ou d’exécution tardive, le Conseil d’Etat procède à la liquidation de l’astreinte qu’il avait prononcée.

« Sauf s’il est établi que l’inexécution de la décision provient d’un cas fortuit ou de force majeure, le taux de l’astreinte définitive ne peut être modifié par le Conseil d’Etat lors sa liquidation. Le Conseil d’Etat peut modérer ou supprimer l’astreinte provisoire, même en cas d’inexécution constatée ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

<sup>368</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 356.

<sup>369</sup> *Ibidem*.

<sup>370</sup> El artículo 7 de la Ley dice: « Art. 7.- Il est inséré dans la loi n°. 48-1484 du 25 septembre 1948 précitée un article 6 *bis* ainsi rédigé:

« Art. 6 bis.- Toute personne mentionnée à l’article 1er. Ci-dessus, dont les agissements auront entraîné la condamnation d’une personne morale de droit public à une *astreinte* en raison de l’inexécution totale ou partielle ou de l’exécution tardive d’une décision de justice, sera passible d’une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500 F et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date où la décision

multado hasta con el máximo de su remuneración bruta anual, en razón de haber ocasionado al Presupuesto del Estado gastos inútiles o irregulares. De conformidad con la Ley No. 48-1484 de 25 de septiembre de 1948, las sanciones las impone la *Cour de Discipline Budgétaire et Financière*.<sup>371</sup>

En lo que se refiere a la sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad determinada de dinero, la Ley de 16 de julio de 1980 contiene disposiciones en virtud de las cuales puede afirmarse que la sentencia adquiere la calidad de un verdadero título que puede hacerse valer directamente sobre los fondos públicos, pues se establecen reglas preceptivas, no discrecionales, que obligan a los funcionarios de hacienda a un comportamiento ineludible en orden al pago de lo que se dispone en la sentencia.

El artículo 1 de la ley contempla diversos mecanismos que distinguen, por una parte, la situación distinta que supone una condena pecuniaria en contra del Estado o de una colectividad local o de un establecimiento público, y por otra parte, la diversa circunstancia de la afectación a fondos que resulten suficientes o insuficientes.<sup>372</sup> Esta última situación tiene en cuenta las normas de presupuesto y

---

de justice aurait dû recevoir exécution ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

La ley No. 48-1484, a la cual se refiere la disposición transcrita, sanciona las “*fautes commises à l’égard de l’Etat et de diverses collectivités*” y crea la Corte de Disciplina Presupuestaria y Financiera (“*Cour de discipline budgétaire et financière*”). Véase, République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19480926&pageDebut=09460&pageFin=&pageCourante=09461](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19480926&pageDebut=09460&pageFin=&pageCourante=09461).

<sup>371</sup> Théry, Jean-François, *op. cit.*, en nota 352, p. 238.

<sup>372</sup> La disposición citada dice: « Art. 1<sup>er</sup>.- I.- Lorsqu’une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné au paiement d’une somme d’argent dont le montant est fixé par la décision elle même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice.

« Si la dépense est imputable sur des crédits limitatifs qui se révèlent insuffisants, l’ordonnancement est fait dans la limite des crédits disponibles. Les ressources nécessaires pour les compléter sont dégagées dans les conditions prévues par l’ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Dans ce cas, l’ordonnancement complémentaire doit être fait dans un délai de six mois à compter de la notification.

« A défaut d’ordonnancement dans les délais mentionnés aux alinéas ci-dessus du créancier et sur présentation de la décision de justice au paiement.

« II.- Lorsque une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale au un établissement public au paiement d’une somme d’argent dont le montant

contabilidad pública, precisamente, las que se refieren a la clasificación de los recursos financieros en limitados e ilimitados. Los primeros corresponden a asignaciones presupuestarias que corresponden a gastos precisamente determinados en su monto, mientras que los segundos se refieren a aquellas asignaciones presupuestarias puramente estimativas, cuya peculiaridad reside en que los gastos a ellas imputable no se encuentran limitados por la cantidad en que hayan sido estimados presupuestariamente (deuda pública, costas judiciales, indemnizaciones, reintegros, reembolsos, restituciones, etcétera).<sup>373</sup>

De conformidad con las fracciones I y II de la disposición citada, el Estado, la colectividad local o el establecimiento público que hayan sido condenados al pago de una suma de dinero, fijada por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, deben disponer el pago en un plazo de cuatro meses, que se cuentan a partir de la notificación del fallo.

En el caso del Estado, si la condena es imputable a recursos económicos limitados y éstos resultan insuficientes, la orden de pago se despachará dentro de

---

est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice. A défaut de mandatement ou d'ordonnement dans ce délai, l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office.

« En cas d'insuffisance de crédits, l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement une mise en demeure de créer les ressources nécessaires ; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou crée ces ressources, l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office.

« III.- En cas de manquement aux dispositions des paragraphes I et II ci-dessus relatives à l'engagement et à l'ordonnement des dépenses, les personnes visées à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 modifiée relative à la Cour de discipline budgétaire et financière sont passibles des peines prévues à l'article 5 de ladite loi. Par dérogation à l'article 16 de cette même loi, le créancier a qualité pour saisir la Cour par l'organe du ministère public auprès de ladite cour ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800717&pageDebut=01799&pageFin=&pageCourante=01800).

<sup>373</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* en nota 356. La Ley de 16 de julio de 1980 se remite a la "ordenanza n° 59-2" de 2 de enero de 1959, que en el artículo 9 dispone lo siguiente: « Art. 9.- Les crédits évaluatifs servent à acquitter les dettes de l'Etat résultant de dispositions législatives spéciales ou de conventions permanentes approuvées par la loi. Ils s'appliquent à la dette publique, à la dette viagère, aux frais de justice et aux réparations civiles aux remboursements, aux dégrèvements et aux restitutions, ainsi qu'aux dépenses imputables sur les chapitres dont l'énumération figure à un état spécial annexé à la loi de finances.

« Les dépenses auxquelles s'appliquent les crédits évaluatifs s'imputent, au besoin, au-delà de la dotation inscrite aux chapitres qui les concernent ». République Française, *Legifrance, le service public de la diffusion du droit*, [http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19590103&pageDebut=00180&pageFin=&pageCourante=00181](http://www.legifrance.gouv.fr:80/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19590103&pageDebut=00180&pageFin=&pageCourante=00181).

los límites de los fondos disponibles. Los recursos complementarios para pagar lo debido al demandante deben ser establecidos dentro de un plazo de seis meses, de acuerdo con las normas de carácter financiero y presupuestario. Si la orden de pago no se libra en los plazos señalados (de cuatro o seis meses según el caso), el pagador competente debe, a petición del acreedor y contra la presentación de la sentencia, proceder al pago.

En lo que se refiere a las colectividades locales y a los establecimientos públicos, si la orden de pago no se produce en un plazo de cuatro meses contados a partir de la notificación de la sentencia, la autoridad de tutela procederá a expedirla de oficio. Cuando los recursos económicos resulten insuficientes, la autoridad de tutela requerirá a la entidad local o establecimiento público que procedan al establecimiento de los recursos necesarios, y si el órgano deliberante de la entidad o establecimiento no autoriza o crea dichos recursos en un plazo determinado, la autoridad de tutela procederá de oficio para habilitar los fondos necesarios y librar la orden de pago.

Estas medidas se refuerzan con la previsión de la responsabilidad personal de los funcionarios competentes para disponer los pagos en caso de transgresión a las disposiciones comentadas, responsabilidad que será exigible ante la "*Cour de Discipline Budgétaire et Financière*".

Por último, cabe denotar que la Ley de 16 de julio de 1980 no indica si deben ser agotados previamente los procedimientos conciliatorios no contenciosos, como paso previo a la imposición de una *astreinte*. Según destacan Marceau Long *et al.*, "Recurrir a las medidas coercitivas aparece como el último recurso para obligar a la administración a la administración a cumplir". En tal virtud, el procedimiento no contencioso previsto en el Decreto No. 63-766 de 30 de julio de 1963 sigue aplicándose, de tal modo que

"[...] la instrucción parece más administrativa que contenciosa. Debe permitir a la vez aclarar sus obligaciones a la administración y convencerla de la necesidad de

cumplirlas. El éxito de sus diligencias permite evitar tener que recurrir a las medidas coercitivas y explica las pocas decisiones que las prescriben”.<sup>374</sup>

Un último paso en la evolución del sistema de ejecución de sentencias del Derecho francés tiene lugar con la Ley No. 95-125 de 8 de febrero de 1995, que se refiere a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo.

En virtud de esta normativa, el Consejo de Estado, las cortes administrativas de apelación y los tribunales administrativos adquieren la facultad de dar en sus sentencias instrucciones a la Administración, las cuales pueden ir acompañadas de la conminación de imponer una *astreinte*.<sup>375</sup> En otros términos, dichos órganos

---

<sup>374</sup> Long, Marceau, *et. al.*, *op. cit.*, en nota 347, p. 555. Véase en el mismo sentido, Théry, Jean-François, *op. cit.*, en nota 352, pp. 238-239. Las apreciaciones de estos autores sobre la necesidad de agotar previamente los procedimientos no contenciosos, se confirma en el instructivo sobre el procedimiento de ejecución que el Consejo de Estado tiene publicado en su página electrónica, el cual indica lo siguiente: « Le requérant peut également demander lui-même au Conseil d'État de prononcer une astreinte pour assurer l'exécution d'une décision rendue par cette juridiction. Une telle demande ne peut être présentée qu'après l'intervention d'un refus exprès d'exécution opposé par l'administration ou bien après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de notification de la décision.

« Le dossier est communiqué à la section du rapport et des études, qui effectue les démarches qu'elle juge utiles pour s'assurer de l'exécution de la décision.

« Si ces démarches ne suffisent pas, la section du contentieux prononce à l'encontre de l'administration une astreinte, qui est généralement fixée par jour de retard jusqu'à la date d'exécution de l'arrêt ». République Française, Conseil d'Etat, "L'exécution des décisions du juge administratif", *Les fiches de la justice administrative*, <http://www.conseil-etat.fr/ce/japrat/pdf/FicheN11.pdf>.

<sup>375</sup> Las facultades de dictar multas coercitivas se extienden a las cortes de apelación y tribunales administrativos: « Art. 62. - Le titre II du livre II du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est complété par un chapitre VIII ainsi rédigé:

« Chapitre VIII

« L'exécution du jugement [...]

« Art. L. 8-4. - En cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt définitif, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution.

« En cas d'inexécution d'un jugement frappé d'appel, la demande d'exécution est adressée à la juridiction d'appel.

« Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition.

« Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte.

« Les articles 3 à 5 de la loi no 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes de droit public s'appliquent aux astreintes prononcées en application du présent article. Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel exerce les pouvoirs conférés par ces articles au Conseil d'Etat.

de la justicia administrativa francesa –ya no sólo el Consejo de Estado- pueden, *en la misma sentencia y no sólo después de dictada*, indicar las medidas de cumplimiento del fallo, acompañadas de una medida de apremio a título de prevención.<sup>376</sup>

En efecto, el artículo 77 de la ley incorpora un texto adicional al artículo 2 de la Ley de 16 de julio de 1980, que dispone que si lo resuelto por la sentencia implica necesariamente que se tome una medida de ejecución en un sentido determinado, el propio Consejo de Estado la dispondrá, y si lo considera oportuno, asegurará su cumplimiento con la determinación de una *astreinte*, la misma que se aplicará a partir de una fecha que el Consejo determine. Por ejemplo, si en virtud del fallo la Administración resulta obligada a dictar un acto, se lo ordena en la sentencia; o bien, si en la sentencia se ha determinado la anulación de la negativa de expedir un decreto, ello lleva consigo la obligación de dictarlo, y se le prescribirá en ese sentido a la autoridad competente.<sup>377</sup>

Se establece, por otra parte, que si lo resuelto en la sentencia implica necesariamente que una persona de Derecho público o un establecimiento de Derecho privado encargado de un servicio público deban dictar una nueva decisión, luego de otra instrucción, el Consejo de Estado ordenará que dicha decisión se tome en un plazo determinado, con el apercibimiento de una multa de apremio que tendrá efecto en la fecha que el Consejo fije.<sup>378</sup>

---

« Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat ». République Française, *Legifrance le service public de la diffusion du droit*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926&dateTexte=&fastPos=3&fastReqlId=181142934&oldAction=rechTexte>.

<sup>376</sup> Long, Marceau, *et. al.*, *op. cit.*, en nota 347, p. 553.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 554.

<sup>378</sup> La norma de la Ley de 1995 dice textualmente: « Art. 77.- Il est inséré, dans la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 précitée, un article 6-1 ainsi rédigé:

« Art. 6-1- Lorsqu'il règle un litige au fond par une décision qui implique nécessairement une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le Conseil d'Etat, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure et peut assortir sa décision d'une astreinte à compter d'une date qu'il détermine.

« Lorsqu'il règle un litige au fond par une décision qui implique nécessairement qu'une personne morale de droit public u un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public doit à nouveau se prononcer après une nouvelle instruction, le Conseil d'Etat, saisi de conclusions en ce sens, prescrit que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé,

Las mismas facultades se otorgan a las cortes administrativas de apelación y a los tribunales administrativos, de conformidad con el artículo 62 de la ley, que incorpora un capítulo III (“*L’exécution de jugement*”) y los artículos L.8-2 y L.8-3 al código de dichos órganos.<sup>379</sup>

En las disposiciones de la Ley No. 95-125 de 8 de febrero de 1995 puede observarse nítidamente, no sólo una ampliación de los poderes de ejecución del Juez administrativo, sino también una *decisiva superación de los viejos dogmas y de la estricta configuración técnica que rodeaban al contencioso administrativo francés, a lo cual se suma una fundamental redefinición del papel del juzgador.*

En primer término, la autorización que la ley otorga a los jueces administrativos para dirigir a la Administración instrucciones o mandamientos respaldados con la amenaza de una sanción, contrasta con el postulado que entendía a aquello como una injerencia ilícita del juzgador en la actividad administrativa. Este postulado, como en su oportunidad se dijo, es fruto de una singular interpretación del principio de división de poderes, y al respecto, bien podría decirse que la Ley de 1995 es fruto de un profundo replanteamiento<sup>380</sup> que

---

qu’il peut assortir d’une astreinte prenant effet à la date qu’il fixe ». République Française, *Legifrance le service public de la diffusion du droit*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926&dateTexte=&fastPos=3&fastReql=181142934&oldAction=rechTexte>.

<sup>379</sup> Los artículos citados, que incorpora la Ley de 8 de febrero de 1995, dicen:

« Art. L. 8-2. - Lorsqu’un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu’une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public prenne une mesure d’exécution dans un sens déterminé, le tribunal administratif ou la cour administrative d’appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure, assortie, le cas échéant, d’un délai d’exécution, par le même jugement ou le même arrêt.

« Lorsqu’un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu’une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public doit à nouveau prendre une décision après une nouvelle instruction, le tribunal administratif ou la cour administrative d’appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit par le même jugement ou le même arrêt que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé.

« Art. L. 8-3. - Saisi de conclusions en ce sens, le tribunal ou la cour peut assortir, dans la même décision, l’injonction prescrite en application de l’article L. 8-2 d’une astreinte qu’il prononce dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l’article L. 8-4 et dont il fixe la date d’effet » (République Française, *Legifrance le service public de la diffusion du droit*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926&dateTexte=&fastPos=3&fastReql=181142934&oldAction=rechTexte>).

<sup>380</sup> Véase, García de Enterría, Eduardo, “La Transformación del Contencioso-Administrativo Francés: La Reforma Radical del Sistema de Ejecución de Sentencias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 068, octubre-diciembre de 1990, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-

deja de lado los rígidos esquemas teóricos –que a pesar de ser cuestionables, se creían incontestables- para poner énfasis en las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, es importante observar que las disposiciones de la Ley de 8 de febrero de 1995 no atienden a la clásica distinción entre proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y de anulación, sino que emplean una terminología genérica y omnicomprendensiva (*jugement, arrêt, décision*, etc.), de tal modo que puede aplicarse indistintamente a uno u otro proceso. La ley simplemente utiliza el criterio de las *consecuencias jurídico-materiales de la sentencia*, es decir, se parte de apreciación de la decisión jurisdiccional que implica necesariamente una medida de ejecución en un determinado sentido, o bien, aquella que exige que la Administración tome una nueva decisión después de otra instrucción. En tal virtud, no interesa aquella apreciación, puramente teórica y bastante cuestionable, de si se “juzga un acto” o la “violación o no reconocimiento de un derecho”, o de si el demandante invoca un “interés legítimo” o un “derecho subjetivo”.

Estas innovaciones implican que en el proceso de anulación o por exceso de poder puedan dictarse auténticas condenas, como por ejemplo, la restitución de un funcionario destituido, como consecuencia de la anulación del acto administrativo de separación del cargo, o el inicio de un nuevo procedimiento de contratación, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un concurso viciado. Por todo ello, y como destaca Tomás-Ramón Fernández,

[...] al permitir al juez del exceso de poder imponer formalmente a la Administración la adopción de una decisión *en un sentido determinado*, la Ley de 8 de febrero de 1995 asegura *ab initio* la obtención por el recurrente de una satisfacción plena por esta vía, en todo semejante a la que hasta ahora podía proporcionarle el

---

ROM. Fernández, Tomás-Ramón, “Una Revolución de Terciopelo pone fin a un Anacronismo (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las Nuevas Reformas del Contencioso-Francés)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 091, julio-septiembre de 1996, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

contencioso de plena jurisdicción. Las fronteras entre ambos tipos de procesos, ya sinuosas con anterioridad a la reforma, se borran ahora prácticamente del todo”.<sup>381</sup>

En efecto, el demandante es quien debe formular en su demanda, además de su pretensión procesal, las medidas que considere necesarias para que se haga honor a su derecho, ya que el Juez no puede hacerlo de oficio, de tal forma que

“*De facto* [...] el proceso se ha subjetivizado totalmente, pues es el propio litigante el que, al solicitar una precisa condena, dibuja los límites del mismo y enmarca el ejercicio de los poderes del juez, que, quiera o no, tendrá que analizar y decidir cuál es la concreta posición jurídica que al recurrente reconoce el ordenamiento. Que el derecho de éste se reconozca y declare formalmente o no al propio tiempo que se ordena la medida de ejecución es lo de menos, porque, si ésta efectivamente se acuerda, va de suyo que el derecho queda no sólo reconocido, sino también satisfecho”.<sup>382</sup>

Por otra parte, en la Ley que se comenta puede verse un significativo cambio en la conceptualización de la misión del Juez. Señala Rivero que la principal preocupación del Juez administrativo era la erudición jurídica que expresaba en sus fallos y su función de completar el ordenamiento a través de la jurisprudencia. Al Juez –dice el autor citado- le eran “relativamente indiferentes” la situación del demandante, las consecuencias prácticas de sus decisiones y el respeto a la cosa juzgada. Para Rivero, la principal causa de dicha “relativa indiferencia”, era la distinción entre Administración que decide y Administración que juzga, que trajo consigo el escrúpulo de no usurpar el espacio de actuación y producción jurídica de una y otra. En contraste con estas ideas, la nueva regulación de la Ley de 1995 traduce, en suma, el paradigma de un contencioso administrativo que sirve a la

---

<sup>381</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 380.

<sup>382</sup> *Ibidem*.

persona y que armoniza la tutela de ésta con el respeto a los principios del Estado de Derecho.<sup>383</sup>

## 2. España

En el Derecho español, como observa Isaac Martín Delgado,

“El problema de la ejecución de las sentencias dictadas frente a la Administración tiene su origen en el propio nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la forma en que se entendía lo contencioso, en general, y la relación entre el Juez y la Administración, en particular”.<sup>384</sup>

En efecto, durante un extenso período de tiempo, en el Derecho español se implementaron mecanismos y soluciones jurídicas cuya consecuencia fue dotar a la Administración de una serie de privilegios que configuran un contorno de inmunidades frente al juzgador. En concreto, hasta épocas más o menos recientes, la idea básica que dominó en España fue *que la ejecución de las sentencias compete a la Administración*, mientras que al juzgador le correspondía la tarea de juzgar y resolver. Esta situación –como una constante que observamos a lo largo de los análisis que se han hecho en el presente capítulo- proviene de la aplicación de una serie de concepciones y condicionamientos teóricos.

La Constitución española de 1978 y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 manifiestan la superación de viejos dogmas, lo cual se traduce en la implementación de soluciones más eficaces para el problema de la ejecución de las sentencias desfavorables a la Administración. El significado de sus innovaciones merece ser comprendido mediante la aportación de algunos datos históricos que permitan apreciar los debidos contrastes.

Es necesario indicar, en primer término, que el postulado fundamental de que corresponde a los jueces y tribunales la potestad de juzgar y *hacer ejecutar lo*

---

<sup>383</sup> Rivero, Jean, *op. cit.*, en nota 355, pp. 243-248.

<sup>384</sup> Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, p. 26.

*juzgado* –previsto actualmente en el artículo 117.3 del texto constitucional español de 1978-<sup>385</sup> se reitera en diversas constituciones que rigieron a España, con el elemento diferenciador de una distinta concepción, interpretación y aplicación práctica de dicho principio constitucional. Esto determinó, en suma, que la ejecución de sentencias no se reconozca como una atribución que los jueces puedan ejercer frente a la Administración, sino como una competencia específica de ésta última.<sup>386</sup>

El primer antecedente moderno del proceso contencioso administrativo español se remonta las leyes de 2 de abril de 1845, relacionada con los Consejos Provinciales, y de 6 de julio de 1845, relacionada con el Consejo Real.<sup>387</sup> El

---

<sup>385</sup> La citada norma, en su parte pertinente, dispone: “Artículo 117 [...] 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. Constitución Española de 1978, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

<sup>386</sup> Cfr. Silva Sánchez, Manuel, “La Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas: Nuevos Horizontes”, *Revista del Poder Judicial*, Nos. 41-42, 1996, Donostia-San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004, versión en CD-ROM.

El autor citado indica que el principio establecido en la Constitución de Cádiz se recoge en las constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876, así como en la Ley Orgánica del Estado de 1967. El texto de dichas constituciones puede ser consultado en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/FichaTituloSerieDeObra?id=589&portal=0>.

<sup>387</sup> Según Alejandro Nieto, “Cierto es que sería fácil remontar su estudio al antiguo régimen, la Edad Media, e incluso a los visigodos y romanos; pero el resultado sería pura erudición histórica, que en nada ayudaría a la inteligencia de la situación actual [...]”. Nieto, Alejandro, “Los Orígenes de lo Contencioso-Administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, No. 50, 1966, p. 27, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1966\\_050\\_027.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1966_050_027.PDF).

En efecto, como observa Nicolás de Paso y Delgado: “[...] así en las demás naciones como en España, lo que constituye hoy la materia contencioso-administrativa, con pocas variantes y sin duda con menos extensión, existía ya desde época lejana; pero de resultas de la confusión de los Poderes, esta materia no estaba determinada y limitada, y no hay más que examinar nuestras compilaciones legales, y particularmente la última que sigue vigente todavía, ó sea, la *Novísima Recopilación*, para persuadirse de esto.

“Como saben los que de ello se ocupan, en la *Novísima Recopilación* se encuentran, así las leyes de carácter puramente jurídico que regulan las relaciones de los particulares entre sí, como los que se refieren á la organización de los Poderes públicos y determinan las condiciones de la Administración, tal como entonces existía; cuya confusión era la resultante de las ideas que dominaban en aquel tiempo, y traía, como consecuencia, la de los mismos poderes; con la singularidad de que las autoridades y corporaciones que tenían, como predominante, el carácter judicial, desempeñaban funciones administrativas.

“Así ocurría en los *Reales Acuerdos*, los cuales entendía en la mayor y más importante parte de las cuestiones de índole administrativa; como se notaba igual fenómeno en el Consejo de Castilla que, al propio tiempo, conocía de lo judicial y administrativo, ya en forma de consulta y ya en la de resolución” (sic). Paso y Delgado, Nicolás de, *Teoría de los Procedimientos Contencioso-*

sistema que incorporan estas leyes es de carácter administrativo, lo cual muestra un contraste nítido con las disposiciones constitucionales vigentes en la época. En efecto, a pesar de que el artículo 66 de la Constitución española de 1845 establecía que a los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,<sup>388</sup> lo contencioso administrativo no se encargó a los tribunales y juzgados, sino al Consejo Real y a los consejos provinciales. De igual manera, la ejecución de sus sentencias se confió a los propios agentes de la Administración.

Este sistema tiene indudable similitud *de resultado* con el imperante en Francia, pero no responde a las mismas bases conceptuales. Como explica Nieto, fue concreción del particular criterio doctrinal español de la época que, en síntesis, consideraba que *lo judicial formaba parte o era un ramal del Poder ejecutivo*, lo cual se concretó en la idea de que el *supremo administrador, el Rey, debía conservar para sí la potestad de decidir sobre los asuntos administrativos*. El autor citado indica que mientras los franceses resolvieron el problema de lo contencioso administrativo según el criterio de que lo judicial no debía entorpecer la actividad de la Administración, los autores españoles del siglo XIX, e incluso de principios del siglo XX, no reconocieron autonomía constitucional al Poder judicial, sino que lo consideraron como parte integrante –junto al Poder administrativo– del Poder ejecutivo, que corresponde al Monarca.<sup>389</sup>

---

*Administrativos de España y sus Posesiones de Ultramar*, Madrid, El Progreso Editorial, 1889, pp. 61-62, <http://fama2.us.es/fde/exposicionHistoricoExegetica.pdf>.

<sup>388</sup> Constitución de la Monarquía Española de 1845: “Artículo 66.- A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; sin que puedan ejercer otras funciones que las de Juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/89148403210358584743457/p0000001.htm#l\\_11\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/89148403210358584743457/p0000001.htm#l_11_).

<sup>389</sup> Nieto, Alejandro, *op. cit.*, en nota 387, p. 33. En este trabajo existe una abundante referencia a autores que reflejan el pensamiento de la época. De mi parte, cito como ejemplos a Colmeiro y a Posada de Herrera.

Según Colmeiro: “Aunque los más de los publicistas distinguen tres poderes políticos, á saber, legislativo, ejecutivo y judicial, parece más sana doctrina considerar a este último como una rama del anterior, pues en realidad los actos de política y de administracion son como los actos de justicia, diversas manifestaciones de la potestad de ejecutar las leyes” (sic). Colmeiro, Manuel, *Elementos del Derecho Político y Administrativo de España*, Madrid, Imprenta de F. Martínez García, 1870, p. 117, [http://sirio.ua.es/libros/BEconomicas/elementos\\_derecho/index.htm](http://sirio.ua.es/libros/BEconomicas/elementos_derecho/index.htm).

En el mismo sentido, Isaac Martín Delgado indica:

“[...] el Poder Judicial no era entendido en ningún momento como el encargado de controlar en su actuación al Poder Ejecutivo o administrativo, como lo entiende hoy en día el art. 106.1 CE, sino como un poder parejo al administrativo, integrado en un mismo tronco común, y encargado de aplicar las leyes y resolver los conflictos entre particulares simplemente, algo que necesariamente iba a matizar la atribución de aquél de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.<sup>390</sup>

En el Derecho Administrativo español de 1845 existe ya una identificación de los asuntos contencioso administrativos, a los cuales se los distingue de los civiles y criminales cuyo conocimiento compete a la justicia ordinaria. No obstante, se considera que los asuntos contencioso administrativos no pueden ser materia de conocimiento de los jueces, pues, como expresa Isaac Martín Delgado:

---

Por su parte, Posada de Herrera manifiesta: “Tres poderes reconoce la constitucion actual de la nacion española que abarcan la administracion general del pais; estos son el legislativo, el administrativo y el judicial. El poder legislativo es el que dicta las medidas de interés general y las reglas á que se han de acomodar, así los intereses de toda la nacion considerada como una unidad, como los intereses del individuo con relacion á ella y los de los particulares entre sí: pero en vano sería dictar estas reglas generales, en vano seria escribirlas en el papel sino hubiese un poder revestido de la fuerza bastante para hacerlas ejecutar; y en vano existiría este poder y esta fuerza, sino la diésemos todas las atribuciones necesarias para vencer las dificultades que encontrasen en su marcha. Este poder se conoce en España con el nombre de poder ejecutivo, y como las leyes pueden referirse á los intereses del ciudadano particular ó á los mismos intereses de la sociedad general, ó á las relaciones de esta con el individuo, se divide el poder ejecutivo en dos brazos distintos; el uno encargado de los intereses generales de la sociedad que se llama poder ejecutivo, y mejor dicho poder administrativo; el otro encargado del cumplimiento de las leyes civiles y de la resolucion de las cuestiones que ocurren entre los particulares, que se llama poder judicial; de manera que estos tres poderes forman, sirviéndome de una elegante figura de Macarel, un triángulo en cuyo vértice está colocado el poder legislativo, en los dos ángulos de la base el administrativo y el judicial y dentro de su area los intereses de la sociedad” (sic). Posada de Herrera, José de, *Lecciones de Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, t. I, p. 55.

Sin embargo, también existen criterios que disienten de la doctrina expuesta. Así, Paso y Delgado (*op. cit.*, en nota 387, p. 9): “Nunca he tenido por buena la división del Poder ejecutivo en administrativo y judicial. He creído y sigo creyendo que el Poder público ó del Estado es fundamentalmente ó se manifiesta por modo sustancial, de tres maneras; á saber: función legislativa, función ejecutiva y función judicial”.

<sup>390</sup> Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, p. 31.

“Administrar [...] pasa a ser tanto ejecutar las leyes como resolver conflictos que se plantean con los particulares en el ejercicio de esa función. En otras palabras, y tomando como referencia la famosa cita del Consejo de Estado francés, “*juger l’administration c’est encore administrer*”, y adaptándola, podríamos decir que, en la concepción de la época, *juzgar a la Administración es parte de la tarea de administrar*”.<sup>391</sup>

Este criterio se encuentra en las enseñanzas de autores de la época. Según explica Colmeiro, el contencioso administrativo sería competencia del “poder administrador”, el cual, para llevar a efecto su función de ejecutar las leyes, puede expresarse de una forma activa, a través de actos de imperio o de puro mando; pero también se manifiesta en una fase contenciosa mediante un juicio, sin que se trate de una jurisdicción “perfecta”, pues, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no se dictan propiamente sentencias, sino actos administrativos.<sup>392</sup> Al respecto, se aclara que en los asuntos contenciosos, el “poder administrador”:

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 36

<sup>392</sup> Esta doctrina lleva implícita una distinción entre lo gubernativo y lo contencioso que estuvo presente en el pensamiento jurídico español durante considerable tiempo. Esta diferenciación de asuntos la explica Dou y Bassols en los siguientes términos: “Jurisdicción contenciosa es la que procede con citación, ó audiencia de partes en juicio formal y contradictorio, como es la de casi todos los magistrados, comprendiendo también en sí por lo común á la gubernativa dentro de la misma esfera contenciosa, ó con facultades para obrar en las cosas ó negocios, que deben despacharse gubernativamente, iguales á las que tienen en lo contencioso. Jurisdicción meramente gubernativa es la que procede sin figura, ni estrépito, ó trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos los de policía y economía: en el número de estos magistrados deben contarse los alcaldes de barrio, los ayuntamientos y otros, de que se irá tratado, cuyas facultades suelen ser limitadas á la imposición ó exacción de alguna multa, sin poder aun conocer de esta misma multa contenciosamente en el caso, en que la parte, usando de su derecho, quiera, que se decida en juicio legítimamente, si está bien ó mal sacada [...] En decreto de 22 de noviembre de 1763 en la colección de órdenes de propios y arbitrios, publicada en 1773 *num.* 10. se dice, que el conocimiento de los propios y arbitrios debe ser gubernativo, quando solo medie el interés del comun. Con esto y lo ántes dicho parece, que desde el punto, que se atravesase interés de particular puede la cosa pasar á jurisdicción contenciosa.

“El ser la jurisdicción gubernativa no excluye la audiencia de partes: ántes suele ser arriesgada qualquier providencia, que se tome, sin oír á los interesados, ó á las personas, que pueden informar, y tener de qualquier manera derecho: solo excluye los trámites judiciales. Lo que debe notarse aquí, es, que las providencias, ó decretos hechos gubernativamente, no tienen autoridad de cosa juzgada, ni suelen impedir el que se varíen, y el que judicialmente se trate de ellos en los casos, en que pueda atravesarse el derecho de tercero reclamando el interesado, sin perjuicio de los efectos correspondientes por derecho á la providencia gubernativa, hasta que se hubiere determinado otra cosa en juicio contradictorio” (sic). Dou y Bassols, Ramón Lázaro,

“[...] toma de la jurisdicción ordinaria la forma; pero en la esencia sus actos son verdaderamente administrativos. Los tribunales colegiados, las pruebas documentales y de testigos, la defensa en estrados, la publicidad de los juicios y otras solemnidades propias del derecho común, son medios de asegurar el acierto en la resolución final de las controversias que se mueven entre el estado y los particulares, facilitando la audiencia de los agraviados y esclareciendo la verdad con maduro consejo, y puras cautelas contra la arbitrariedad de los ministros. Jurisdicción perfecta es la ordinaria encomendada á jueces y magistrados que aplican la ley sin intervención del Gobierno; mas la jurisdicción administrativa confiada á las autoridades y corporaciones dependientes del poder ejecutivo, es una jurisdicción imperfecta, externa y sin fuerzas para dictar ningún fallo verdadero. Bien sabernos que sus resoluciones pueden ser definitivas y causar ejecutoria; pero así y todo, los tribunales de este orden no pronuncian sentencias, sino que dictan ó preparan decisiones administrativas” (sic).<sup>393</sup>

La Ley de Organización y Atribuciones del Consejo Real de 6 de septiembre de 1845 establecía que aquél constituye un “cuerpo supremo consultivo”, al cual necesariamente debía consultarse “Sobre los asuntos contenciosos de la administración” (artículo 11.5).<sup>394</sup> Sin embargo, no aparece disposición alguna que configure al Consejo Real como un tribunal administrativo, razón por la cual, sólo elevaba al gobierno su dictamen, su parecer.<sup>395</sup> En suma, en el caso del Consejo Real se siguió el modelo *de justicia retenida*.

---

*Instituciones de Derecho Público General de España con Noticia del Particular de Cataluña, y de las Principales Reglas de Gobierno en Qualquier Estado*, Madrid, Oficina de Benito García y Compañía, 1800, pp. 47-49, t. II, [http://bvrajyl.insde.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000347](http://bvrajyl.insde.es/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000347).

<sup>393</sup> Colmeiro, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, 4a. ed., Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, 1876, t. II, pp. 355-358, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/derechoAdministrativoEspañolT2.pdf>.

<sup>394</sup> España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1845/3955/A00001.tif>.

<sup>395</sup> Cfr. Betancor Rodríguez, Andrés, “La Evolución Histórico-Normativa de la Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto de Administración Pública, No. 209, enero-abril de 1987, p. 203, [http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/209/DA\\_209\\_0199.pdf](http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones_Periodicas/DA/209/DA_209_0199.pdf).

En el “Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los asuntos contenciosos de la administracion”, se establece que las sentencias de dicho órgano se extenderán en forma de reales decretos que se refrendaban por el Ministro de Gobernación de la Península (artículos 217 y 222). En tal virtud, como aprecia Betancor Rodríguez, “[...] serían los agentes de la Administración activa los que debían proceder a ejecutar la sentencia”.<sup>396</sup>

Es importante destacar, por otra parte, que el Rey podía separarse de la propuesta elevada por el Consejo Real y dictar, sin limitación o condicionante alguno, la sentencia que estimare justa. El artículo 223 del reglamento citado, al respecto disponía: “Art. 223. Cuando S.M. no tuviere á bien conformarse con la resolucion del Consejo, dictará en Consejo de Ministros el Real decreto motivado que estime justo (sic)”.<sup>397</sup>

El sistema descrito permite obtener la siguiente conclusión, en palabras de Isaac Martín Delgado:

“[...] en los primeros pasos de la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país, en relación con el Consejo Real, no es posible hablar de ejecución de sentencias y, precisamente por ello, tampoco de una relación entre Juez y Administración en esa fase, puesto que las resoluciones del órgano ‘jurisdiccional’ no eran propiamente sentencias y porque la relación que existía entre la Administración contenciosa –el Consejo Real en este caso- y la Administración activa era una relación de jerarquía a favor de esta última. Así, no sólo el órgano judicial no tenía poderes de ejecución sobre la Administración demandada para llevar a efecto la decisión resolutoria del pleito, sino que ni siquiera esa resolución era obligatoria para la misma, en cuanto que podía ser modificada en función del buen entendimiento del Consejo de Ministros cuando se estimase oportuno.

“En definitiva, desde el momento en que la sentencia emanaba en última instancia del Gobierno, la relación existente entre el juzgador y juzgado era una relación interna de jerarquía administrativa. Y desde el momento en que las

---

<sup>396</sup> *Ibidem*, 204.

<sup>397</sup> España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1847/4514/A00001.tif>

sentencias del Consejo Real eran consideradas actos administrativos en sentido material, el órgano de la Administración no estaba ejecutando una sentencia, sino un acto administrativo de un superior jerárquico”.<sup>398</sup>

Por su parte, la Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales de 2 de abril de 1845 configura a aquéllos como órganos dotados de facultades consultivas que las ejercían, tanto a petición del Jefe Político, como a solicitud del Gobierno. A diferencia del Consejo Real, se los instituye como tribunales administrativos, calidad en la cual, al tenor del artículo 8 de la ley, “oirán y fallarán; cuando pasen á ser contenciosas”, las cuestiones encargadas a su conocimiento.<sup>399</sup> De conformidad con esta disposición, aparentemente los consejos provinciales adoptaban el sistema de justicia delegada, y dictaban auténticas sentencias obligatorias y vinculantes para las partes.

Sin embargo, es necesario tener presente que los consejos provinciales, en cuanto tribunales, se componían por funcionarios administrativos y tenían por

---

<sup>398</sup> Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, p. 38-39.

<sup>399</sup> Los artículos 8 y 9 de la ley citada disponían lo siguiente:

“Art. 8. Los consejos provinciales actuarán además como tribunales en los asuntos administrativos; y bajo tal concepto oirán y fallarán; cuando pasen á ser contenciosas, las cuestiones relativas:

“1. Al uso y distribución de los bienes y aprovechamientos provinciales y comunales.

“2. Al repartimiento y exacción individual de toda especie de cargas municipales y provinciales, cuya cobranza no vaya unida á la de las contribuciones del Estado.

“3. Al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados con la administración civil, ó con las provinciales y municipales para toda especie de servicios y obras públicas.

“4. Al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de obras públicas.

“5. A la incomodidad ó insalubridad de las fábricas, establecimientos, talleres, máquinas ú oficinas, y su remoción á otros puntos.

“6. Al deslinde de los términos correspondientes á pueblos y ayuntamientos, cuando estas cuestiones procedan de una disposición administrativa.

“7. Al deslinde y amojonamiento de los montes que pertenecen al Estado, á los pueblos ó á los establecimientos públicos, reservando las cuestiones sobre la propiedad á los tribunales competentes.

“8. Al curso, navegación y flote de los ríos y canales, obras hechas en sus cauces y márgenes y primera distribución de sus aguas para riegos y otros usos.

“Art. 9. Entenderán, por último, los consejos provinciales en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la administración civil, para los cuales no establezcan las leyes juzgados especiales, y en todo aquello á que en lo sucesivo se extienda la jurisdicción de estas corporaciones” (sic). España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1845/3860/A00001.tif>.

“presidente nato” al Jefe Político,<sup>400</sup> a la sazón, funcionario nombrado por el Rey e inmediatamente dependiente del Ministro de Gobierno de la Península. El Jefe Político, además, era un delegado del Poder real, y mantenía una relación jerárquica administrativa con el Gobierno que le obligaba a obedecer y cumplir las disposiciones de aquél.<sup>401</sup> También cabe destacar que el Reglamento “Sobre el modo de proceder los consejos provinciales en los negocios contenciosos de la administracion”, establecía la atribución del Jefe Político de decidir si un asunto era gubernativo o contencioso.<sup>402</sup> Por último, tanto la calificación de un asunto como gubernativo, como las sentencias definitivas del consejo provincial, podían ser objeto de apelación ante el Consejo Real.

Estas particulares características permiten afirmar que los consejos provinciales –en virtud de su configuración, y especialmente, por la existencia de

---

<sup>400</sup> El artículo 17 del Reglamento “Sobre el modo de proceder los consejos provinciales en los negocios contenciosos de la administracion” disponía lo siguiente: “Art. 17. El Gefe político será el presidente nato del Consejo cuando este actúe en lo contencioso.

“El vicepresidente nombrado por el Gobierno presidirá siempre que el Gefe político no asista.

“A falta del vicepresidente titular el gefe político nombrará un vicepresidente interino de entre los vacantes del Consejo.

“Cuando el Gefe político asista, el primer asiento á la derechos de este será del vicepresidente (sic)”. España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1845/4038/A00001.tif>

<sup>401</sup> En efecto, los artículo 1, 6, 7 y 8 de la Ley para el Gobierno de las Provincias de 2 de abril de 1845, establecían lo siguiente: “Artículo 1. Para el gobierno de las provincias de la monarquía habrá en cada una de ellas una autoridad superior nombrada por el Rey, bajo la dependencia inmediata del ministerio de la Gobernacion de la Península: esta autoridad conservará por ahora el título de *gefe político*.

“Art. 6. Los gefes políticos obran siempre como delegados del poder Real: sus disposiciones pueden ser modificadas ó revocadas por el Rey á propuesta del Ministro correspondiente.

“Art. 7. Los gefes políticos, bajo su responsabilidad, están obligados á obedecer y cumplir las disposiciones y órdenes del Gobierno que al efecto se les comuniquen por el conducto debido, sin que por su obediencia puedan nunca incurrir en responsabilidad de ninguna clase.

“Art. 8. Lo prevenido en el artículo anterior se entiende con los funcionarios ó agentes inferiores respecto del gefe político de la provincia”. España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1845/3860/A00001.tif>

<sup>402</sup> Los artículos 24 y 25 del citado Reglamento aclaran lo expuesto:

“Art. 24. Si en vista de la demanda decidiere el Gefe político que el asunto que la motiva es de su exclusiva competencia, la resolverá gubernativamente por sí, y comunicará su resolucion al demandante.

“Cuando este insista en que el asunto no es de la competencia del Gefe político, sino del Consejo provincial, podrá recurrir al ministerio de la Gobernación de la Península, por el que, oido el Consejo Real, se decidirá lo conveniente.

“Art. 25. Si el Gefe político estimare el asunto de la competencia del Consejo provincial, mandará que se dé cuenta á este de la demanda por la secretaria del mismo Consejo” (sic). España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1845/4038/A00001.tif>

una relación jerárquica con el Gobierno- en realidad no reunían los caracteres de una jurisdicción delegada.<sup>403</sup> En lo que se refiere a la ejecución de sentencias, resulta evidente que dichas características de los consejos provinciales determinaban el carácter netamente administrativo, no jurisdiccional, de la ejecución, y por ende, la competencia precisa de la Administración para tal cometido. En efecto, el artículo 17 de Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales de 2 de abril de 1845 disponía:

“Art. 17. La ejecución de estas sentencias corresponde á los agentes de la administracion; pero si hubiere de procederse por remate ó venta de bienes, los consejos remitirán su ejecucion y la decision de las cuestiones que sobrevengan á los tribunales ordinarios” (sic).<sup>404</sup>

No obstante, puede observarse que la norma transcrita incorpora una excepción a la ejecución administrativa cuando se trata de remate o venta de bienes, salvedad que tendría por fundamento al derecho de propiedad. Esta excepción podría explicarse, al tenor de lo dispuesto por el artículo 66 de la Constitución española de 1845, por el carácter civil que comportan los litigios relacionados con la propiedad. Según destaca Colmeiro, serían cuestiones de la “competencia ordinaria” y no de lo contencioso administrativo:

“Definir los derechos reales de posesion, propiedad y servidumbre, ya sean relativas á los bienes del estado; de los pueblos, corporaciones y establecimientos públicos, ya fueren tocantes á los disfrutes y aprovechamientos vecinales” (sic).<sup>405</sup>

En el caso de las sentencias que condenaban a la Administración al pago de alguna cantidad de dinero, existían limitaciones en la ejecución determinadas por

---

<sup>403</sup> Véase, Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, pp. 40-41; Betancor Rodríguez, Andrés, *op. cit.*, en nota 395, p. 203.

<sup>404</sup> España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1845/3860/A00001.tif>.

<sup>405</sup> Colmeiro, Manuel, *op. cit.*, en nota 393, p. 370.

la necesidad de contar con las debidas previsiones presupuestarias y por la aplicación del principio de inembargabilidad de bienes públicos. Este tipo de sentencias únicamente incorporaban una declaración de derechos, pero de ningún modo otorgaban facultades ejecutivas a los jueces. Al respecto, es expresivo el artículo 9 de la Ley de 20 de febrero de 1850 que fijaba “las bases de la contabilidad general, provincial y municipal”:

“Art. 9. Ningun Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra las rentas ó caudales del Estado.

“Los que fueren competentes para conocer sobre reclamación de créditos á cargo de la Hacienda pública y a favor de particulares dictarán sus fallos declaratorios del derecho de las partes, y podrán mandar que se cumplan cuando hubieren causado ejecutoria; pero este cumplimiento tocará exclusivamente á los agentes de la administracion, quienes con autorización del Gobierno acordarán y verificarán el pago en la forma y dentro de los límites que señalen las leyes de presupuestos y las reglas establecidas por el de las obligaciones del Estado” (sic).<sup>406</sup>

Los mismos principios se aplicaban en el ámbito local, al tenor de la Ley de Organización y Administración Municipal de 5 de julio de 1856, que en el artículo 195 disponía:

“Art. 195. No podrán aplicarse por los juzgados y tribunales las formas del juicio ejecutivo y del procedimiento de apremio contra los ayuntamientos por las deudas de los pueblos. Cuando estos fueren condenados al pago de una cantidad, se formará y remitirá á la aprobacion, dentro del término preciso de diez días, contados desde el en que sea ejecutoriada la sentencia, un presupuesto extraordinario bastante á que quede cumplida en todas sus partes. La diputación reformará ó

---

<sup>406</sup> España, *Boletín Oficial* del Estado, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1850/5686/A00001.tif>.

aprobará el presupuesto precisamente en los veinte días siguientes, pero sin alterar la cantidad necesaria para la ejecución de la sentencia”.<sup>407</sup>

Es interesante destacar que la misma Ley citada establecía una excepción para los casos de deudas aseguradas por prenda e hipoteca, lo cual determinaba la posibilidad de que, en esa precisa circunstancia, los jueces ordinarios pudiesen actuar ejecutivamente en contra de la Administración. En efecto, el artículo 196 de la Ley de Organización y Administración Municipal establecía lo que se transcribe:

“Art. 196. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo que precede las deudas que tengan constituidas á su favor prenda ó hipoteca, en cuyo caso serán exigibles judicialmente en la misma forma que las de los particulares hasta donde alcance á cubrir las el valor de lo empeñado ó hipotecado”.<sup>408</sup>

El sistema de ejecución de sentencias que se ha reseñado se mantendría en el tiempo, no obstante los cambios que experimentaría el proceso contencioso administrativo español. Incluso, a pesar de que en ciertas épocas se sustituyó el modelo administrativo por uno de carácter judicial, se conservó el postulado de que la ejecución de sentencias contencioso administrativas corresponde a la propia Administración y no a los jueces.<sup>409</sup>

Un hito importante en la historia del proceso contencioso administrativo español lo constituye la Ley Santamaría de Paredes de 1888. Al decir de varios

---

<sup>407</sup> España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1856/1280/A00003.tif>.

<sup>408</sup> *Ibidem*.

<sup>409</sup> Mediante Decreto de 13 de octubre de 1868 se estableció un modelo judicial al encomendarse los asuntos contencioso administrativos que conocían el Consejo Real y los consejos provinciales a las audiencias y al Consejo de Estado, respectivamente. Sin embargo, dicho Decreto establecía que se adoptaría el procedimiento establecido en las leyes y reglamentos que regulaban la labor contencioso administrativa del Consejo de Estado y de los consejos provinciales. Véase, España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1868/288/A00007.tif>

Más tarde, mediante Decreto de 29 de enero de 1875, se reimplantó el sistema administrativo. De igual manera, se dispuso que se adoptaría el procedimiento establecido en los reglamentos que regulaban la labor contencioso administrativa del Consejo Real y de los consejos provinciales. Véase, España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1875/021/A00172.tif>

autores, esta Ley fue fruto de un acuerdo político que concilió posiciones doctrinarias, coloreadas de aspectos ideológicos, que se enfrentaban entorno a la cuestión de si el contencioso administrativo debía ser encomendado a los órganos de la Administración o a los jueces.<sup>410</sup>

La Ley Santamaría de Paredes establece un sistema que se lo denomina “armónico o mixto”, pues entre algunas opciones que juegan entre el sistema judicial y el sistema administrativo, se elige una según la cual lo contencioso administrativo no pertenece al orden judicial ni al orden administrativo, sino que tiene una situación propia. No se trata de la segunda parte del procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija conocimientos especiales, sino que surge de la reunión de estos términos: lo administrativo y lo contencioso, que no debe estar supeditado ni al Poder ejecutivo ni al Judicial.<sup>411</sup> En otros términos, al proceso contencioso administrativo se lo concibe como separado o distinto de los procesos civiles y criminales, y su conocimiento se encarga a tribunales especiales, independientes de la Administración y del Poder Judicial.<sup>412</sup>

---

<sup>410</sup> Sobre las discrepancias políticas y las divergencias doctrinarias que rodean a la Ley Santamaría de Paredes, véase, Nieto, Alejandro, *op. cit.*, en nota 387, pp. 46 y ss; Garrido Falla, Fernando, “La Evolución del Recurso Contencioso-Administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, No. 55, enero-abril de 1968, pp. 17-21, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1968\\_055\\_009.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1968_055_009.PDF).

Según indica Garrido Falla (*ibidem*, p. 189), aquéllas divergencias doctrinarias estaban coloreadas por connotaciones políticas. Señala el citado autor: “[...] el progresismo político solía mantener la tesis judicialista, mientras que los conservadores eran partidarios de la jurisdicción contenciosa en manos del Consejo de Estado. Se elevaba a dogma ideológico algo que hoy día sólo es planteable en el terreno de la pura técnica jurídica: un ejemplo más que ofrecer a quienes intentan probar el proceso de ‘desideologización’ característico de nuestro tiempo”.

<sup>411</sup> Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, en nota 410, p. 20.

<sup>412</sup> Véase Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, pp. 49-50.

La distinción entre asuntos civiles y criminales y contencioso administrativos se pone de manifiesto en el artículo 4 numeral 2 de la Ley que dispone:

“Art. 4º. No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo: [...]

“2º. Las cuestiones de índole civil y criminal, pertenecientes á la jurisdicción ordinaria ó á otras jurisdicciones especiales.

“Se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, ó sea como sujeto de derechos y obligaciones”. España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1888/258/A00773.tif>

El sistema que adoptó la Ley Santamaría de Paredes fue el de jurisdicción delegada, como se desprende de su artículo 8:

“La jurisdicción contencioso-administrativa será ejercida en nombre del Rey, y por delegación suya, por el Tribunal de los contencioso-administrativo que formará parte del Consejo de Estado, y por Tribunales provinciales”.<sup>413</sup>

Este sistema de jurisdicción delegada implicaba que los tribunales de lo contencioso administrativo ostenten poderes de decisión propios, no obstante lo cual, la ejecución de sus sentencias se encomienda a la Administración. Al respecto, el artículo 83 de la Ley disponía:

“Art. 83. Declaradas firmes las sentencias del Tribunal de lo contencioso-administrativo, ó las de los Tribunales provinciales en su caso, se comunicarán en el término de diez días por medio de testimonio en forma al Ministro ó Autoridad administrativa á quien corresponda, para que la lleve á puro y debido efecto, adoptando las resoluciones que procedan, ó practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo”.<sup>414</sup>

Sin embargo, la Ley Santamaría de Paredes presenta la innovación de establecer *la obligación de la Administración de cumplir debidamente los fallos de los tribunales de lo contencioso administrativo*. El artículo 84 disponía que la autoridad a quien corresponda cumplir la sentencia, debía dar cuenta del mismo en el plazo de un mes.<sup>415</sup> Por su parte, el artículo 86 determinaba que la infracción a las disposiciones relacionadas con la ejecución de sentencias daba lugar a responsabilidades civiles y criminales, ya que se consideraba desobediencia punible el incumplimiento “[...] en forma igual á la establecida respecto á las

---

<sup>413</sup> *Ibidem*.

<sup>414</sup> España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1888/258/A00776.tif>

<sup>415</sup> Cabe aclarar, según indica Paso y Delgado, que este plazo de un mes para la ejecución del fallo no significaba que en dicho plazo “[...] se ejecute aquél real y completamente, sino *que se empiece á cumplirle*” (sic). Paso y Delgado, Nicolás de, *op. cit.*, en nota 387, p. 211.

sentencias de los Tribunales en lo civil y criminal”. El sistema se completaba con el artículo 87, que disponía que al principio de cada “año judicial” se publique en la Gaceta de Madrid un estado expresivo del cumplimiento de las sentencias, en el cual se debían indicar las que no se hubiesen ejecutado y las razones de este incumplimiento.<sup>416</sup>

A pesar de esta normativa innovadora, el mismo artículo 84 antes citado establecía una suerte de “válvula de seguridad” para la Administración, al expresar lo siguiente:

“Cuando por razones de interés público la Administración estimare necesaria y acordase la suspensión del cumplimiento de la sentencia, lo hará saber al Tribunal, comunicándole la resolución y sus motivos, y el Tribunal declarará la indemnización que corresponda al particular por el aplazamiento”.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> Los citados artículos disponen textualmente lo siguiente:

“Art. 84. El Ministro ó Autoridad administrativa á quien corresponda deberá acusar el recibo de la sentencia en el término de tres días, y dar en el de un mes cuenta de su cumplimiento. Cuando por razones de interés público la Administración estimare necesaria y acordase la suspensión del cumplimiento de la sentencia, lo hará saber al Tribunal, comunicándole la resolución y sus motivos, y el Tribunal declarará la indemnización que corresponda al particular por el aplazamiento.

“En todo caso de suspensión, el Gobierno dará cuenta a las Cortes, dentro del primer mes de estar abiertas ó constituidas, de la suspensión y sus fundamentos.

“Art. 86. Será caso de responsabilidad civil y criminal la infracción de lo preceptuado en los artículos anteriores acerca de la ejecución de las sentencias de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, entendiéndose como desobediencia punible en forma igual á la establecida respecto á las sentencias de los Tribunales en lo civil y en lo criminal.

“Denunciada la demora al Tribunal de lo contencioso-administrativo cuando se trate de sus sentencias, se pasará el tanto de culpa al Tribunal de justicia correspondiente, y en su caso á las Cortes.

“Cuando se trate de sentencias dictadas por los Tribunales provinciales, transmitirán éstos la denuncia al Tribunal de lo contencioso-administrativo para lo que hubiere lugar.

“Art. 87. Al principio de cada año judicial se publicará en la Gaceta de Madrid un estado expresivo del cumplimiento que en el año anterior hubieren tenido las sentencias sobre negocios contencioso-administrativos, expresando, en cuanto á las que no se hubiesen ejecutado, la razón por virtud de la cual no hubiere tenido lugar” (sic). España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1888/258/A00776.tif> y <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1888/258/A00777.tif>

<sup>417</sup> *Ibidem*.

Puede observarse que no se admite evitar el cumplimiento de las sentencias, sino que se permite *únicamente aplazarlo*,<sup>418</sup> y siempre que se invoquen *razones de interés público*, pues de lo contrario serían aplicables las sanciones previstas en el artículo 86.<sup>419</sup> Sin embargo, se destaca el alcance indeterminado del criterio para ejercer esta facultad de aplazamiento –“razones de interés público”- y sobre todo, la ninguna especificación del límite temporal de la suspensión, por lo cual – como indican Sosa Wagner y Quintana López- es posible afirmar que el aplazamiento podía ser indefinido.<sup>420</sup> También se aprecia el privilegio de la Administración de estimar la necesidad de la suspensión, y de igual manera, se observa que no se otorga a los tribunales la facultad de juzgar sobre los fundamentos del aplazamiento, ni de aprobar dicha postergación,<sup>421</sup> sino sólo de establecer una indemnización por la demora, la cual, según señalan Sosa Wagner y Quintana López, debía fijarse desde el momento en que se acuerda por la Administración la suspensión de la sentencia.<sup>422</sup> Solo un medio indirecto de control de estas facultades de suspensión se contempla en el artículo 84, que no es de carácter judicial, sino político: “En todo caso de suspensión, el Gobierno dará cuenta a las Cortes, dentro del primer mes de estar abiertas ó constituidas, de la suspensión y sus fundamentos” (sic).

En lo que se refiere a la ejecución de condenas pecuniarias, el artículo 85 de la Ley Santamaría de Paredes continuó supeditándolas a las disposiciones de carácter presupuestario:

“Art. 85. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, deberá acordarlo y verificarlo en la forma y dentro de los límites que permitan los

---

<sup>418</sup> Guaita, Aurelio, “Ejecución de Sentencias en el Proceso Administrativo Español”, *Revista de Administración Pública*, No. 9, septiembre-diciembre, 1952, p. 68, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952\\_009\\_055.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952_009_055.PDF).

<sup>419</sup> Cfr. Betancor Rodríguez, Andrés, *op. cit.*, en nota 395, p. 216.

<sup>420</sup> Sosa Wagner, Francisco y Quintana López, Tomás, “La Ejecución de las Sentencias Contencioso-Administrativas”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto de Administración Pública, No. 209, enero-abril de 1987, pp. 18, [http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/209/DA\\_209\\_0017.pdf](http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones_Periodicas/DA/209/DA_209_0017.pdf).

<sup>421</sup> Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, p. 52.

<sup>422</sup> Sosa Wagner, Francisco y Quintana López, Tomás, *op. cit.*, en nota 420, pp. 18-19.

presupuestos y determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, de la provincia ó el Municipio.

“Si para verificar el pago fuere preciso un presupuesto extraordinario, se presentará éste para la aprobación de las Cortes ó de la Corporación ó Autoridad respectiva, dentro del mes siguiente al día de la notificación de la sentencia. Si las Cortes no estuvieren reunidas, deberá presentarse dentro del primer mes de su reunión más próxima”.<sup>423</sup>

Posteriormente, mediante Real Decreto de 22 de junio de 1894, se reformó el artículo 84 de la Ley Santamaría de Paredes y se introdujo la *posibilidad legal* de no cumplir lo dispuesto en una sentencia.<sup>424</sup> El Real Decreto citado, otorga a la

---

<sup>423</sup> España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1888/258/A00776.tif>.

<sup>424</sup> En virtud del Real Decreto de 22 de junio de 1894, se reformó el artículo 84 de la Ley Santamaría de Paredes, que pasó a tener el siguiente texto:

“Art. 84. El Ministro ó Autoridad administrativa á quien corresponda, deberá acusar el recibo de la sentencia en el término de tres días, y dar en el de un mes cuenta de su cumplimiento.

“Cuando por justa causa, que se expondrá al Tribunal, no sea posible hacerlo, se entenderá prorrogado aquél término por otro mes.

“Si la naturaleza del fallo no permitiese la completa ejecución material de la sentencia en los plazos señalados, deberá, dentro de los mismos, darse conocimiento al Tribunal de las medidas adoptadas para verificarlo.

“Comunicadas las sentencias del Tribunal de lo Contencioso al Ministerio que corresponda, examinará éste, en los casos dudosos, si, por razones de interés público, debe suspenderse temporalmente la ejecución de aquéllas; ó si por las propias razones de interés público ó por haberse hecho imposible, material ó legalmente el cumplimiento de lo mandado, fuere necesario acordar la no ejecución de las sentencias.

“En el primer caso, acordada la suspensión, se hará saber al Tribunal comunicándole la resolución y sus motivos, y podrá llevársela á efecto, si ya no lo estuviese, lo mandado en la Real orden recurrida.

“El Tribunal, á instancia de parte, podrá acordar en su vista la indemnización que deba satisfacerse al particular por el aplazamiento, si procediese; y el Gobierno, dentro del primer mes de estar abiertas ó constituidas las Cortes, dará cuenta á estas de las suspensión y sus fundamentos.

“Cuando no haya posibilidad de cumplir la sentencia, el Gobierno lo declarará así, en resolución motivada de que dará cuenta á las Cortes en el primer mes de estar éstas abiertas ó constituidas.

“Lo mismo se hará cuando, pudiendo cumplirse la sentencia, estime el Gobierno, por razones de interés público, que no debe llevarse á efecto su ejecución. En este caso, el Ministro á quien corresponda deberá someter á las Cortes, dentro de los dos meses siguientes al día en que les dé cuenta de su acuerdo, y previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, un proyecto de ley determinando la indemnización que haya de concederse en equivalencia del derecho declarado por la sentencia, ó la manera de atender en otra forma á la eficacia de lo resuelto por la misma” (sic). España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1894/183/A00021.tif>

Administración la facultad discrecional de examinar “en los casos dudosos”, y con fundamento en “razones de interés público”, si debe “suspenderse temporalmente” la ejecución de una sentencia, o bien, si es procedente declarar la no ejecución de aquélla, igualmente por “razones de interés público”, o bien, por haberse hecho imposible, material o legalmente, el cumplimiento. Al igual que la original Ley Santamaría de Paredes, el Real Decreto que la reforma no contempla atribución alguna que permita a los tribunales valorar los motivos de la suspensión o de la no ejecución, y persiste únicamente el control de tipo político, al exigirse al Gobierno dar cuenta a las Cortes de las razones del aplazamiento o del incumplimiento.

En lo que se refiere a las indemnizaciones por aplazamiento en la ejecución de las sentencias, las reformas de 1894 presentan la innovación de permitir a los jueces decidir si las reparaciones son o no procedentes. En otros términos, a diferencia del texto original del artículo 84, que disponía que en el caso de suspensión *era preceptivo establecer* una indemnización (el “Tribunal declarará la indemnización que corresponda al particular por el aplazamiento”); la reforma precisaba que era *potestativo* del Tribunal acordar la indemnización, *siempre y cuando procediese* (“El Tribunal, á instancia de parte, podrá acordar en su vista la indemnización que deba satisfacerse al particular por el aplazamiento, si procediese”).

Este nuevo texto obedece a la consideración de que era posible que un aplazamiento no entrañe perjuicios al beneficiario de la sentencia, de tal modo que se creyó procedente conferir al Tribunal la atribución de determinar en cada caso, no sólo la cuantía de la indemnización, sino también la procedencia o improcedencia de ésta.<sup>425</sup>

En lo que se refiere la decisión de no ejecutar una sentencia, únicamente procedía la indemnización cuando el incumplimiento se fundamentaba en razones de interés público, es decir, cuando era *posible el cumplimiento*, pero motivos de

---

<sup>425</sup> Véase, Guaita, Aurelio, *op. cit.*, en nota 418, pp. 91-92.

conveniencia administrativa indicaban la necesidad de no acatar lo decidido en el fallo. En estos casos, la indemnización se fijaba mediante ley.<sup>426</sup>

De lo expuesto hasta este momento, fácil es advertir las quiebras que implican las disposiciones analizadas. La Administración no sólo ostenta la competencia de ejecutar las sentencias que le son adversas, sino que también goza de privilegios especiales que le permitían sustraerse de lo que los tribunales disponían. Dadas estas facultades y prerrogativas administrativas, los juzgadores podían ver limitada su función a las de meros declaradores de un derecho que no llegaba a alcanzar en todo su rigor a la Administración.

La situación descrita fue modificada por la Ley de 5 de abril de 1904. La nueva normativa opta por un sistema judicial, al confiar el conocimiento de los asuntos contencioso administrativos a una sala del Tribunal Supremo, y lo que es más importante, establece una normativa más favorable a la eficacia de las sentencias y más propicia para los derechos del administrado.<sup>427</sup>

---

<sup>426</sup> Véase, Betancor Rodríguez, Andrés, *op. cit.*, en nota 395, p. 218. El autor citado dice: “La inejecución, bien por imposibilidad material o bien por razones de interés público, era deducida discrecionalmente por el gobierno, sin sometimiento a otro control que su posible responsabilidad política ante las Cortes. Correlativamente, sólo era indemnizable la inejecución por razones de interés público, y su cuantía se determinaba *ex lege* [...]”.

<sup>427</sup> El nuevo texto del artículo 84, es el siguiente: “Art. 84. El Ministro ó Autoridad administrativa á quien corresponda, acusará recibo de la sentencia en el término de diez días, y en el plazo de dos meses, contados desde que reciba aquélla, adoptará necesariamente una de estas tres resoluciones: ó que se ejecute el fallo, tomando á la vez las medidas necesarias al efecto; ó que se suspenda por el plazo que se marque, total ó parcialmente, la ejecución del propio fallo; ó que no se ejecute en absoluto, también total o parcialmente, el mismo fallo.

“La suspensión ó inejecución á que se refieren los dos últimos casos del párrafo anterior, sólo podrán adoptarse por el Consejo de Ministros con carácter extraordinario, fundándose en una de las cuatro causas siguientes: 1. Peligro de trastorno grave del orden público. 2. Temor fundado de guerra con otra potencia, si hubiere de cumplirse la sentencia. 3. Quebranto en la integridad del territorio nacional. 4. Detrimento grave de la Hacienda pública.

“No podrán suspenderse ni dejar de ejecutarse las sentencias confirmatorias de resoluciones de la Administración.

“Cualquiera de las tres expresadas resoluciones que adopte la Administración será puesta, antes de finalizar el plazo de dos meses en que se ha de adoptar, en conocimiento del Tribunal por medio del Ministerio público. Si se hubiese acordado la suspensión temporal de todo ó parte de la sentencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo, por los trámites de los incidentes, y á instancia de cualquiera de las partes interesadas en el pleito, señalará la indemnización que deba satisfacer al interesado por el aplazamiento. Pero si por cualquiera de las cuatro causas anteriormente mencionadas el Gobierno hubiere acordado que no se ejecute la sentencia en todo ó en parte, el Tribunal Supremo en pleno, por los mismos trámites de los incidentes y también á petición de parte, señalará la indemnización que haya de concederse en equivalencia del derecho declarado, ó la manera de atender en otra forma á la eficacia de lo resuelto por la sentencia. El Tribunal, en

En efecto, la Ley de 5 de abril de 1904, aunque sigue confiando a la Administración la ejecución de las sentencias, concibe el cumplimiento como algo que normalmente debe realizarse en los propios términos establecidos en la sentencia; mientras que el aplazamiento o la no ejecución se entienden como algo extraordinario, que no queda a la decisión discrecional de la Administración, sino que debe sustentarse en las siguientes causas taxativamente enumeradas: “[...] 1. Peligro de trastorno grave del orden público. 2. Temor fundado de guerra con otra potencia, si hubiere de cumplirse la sentencia. 3. Quebranto en la integridad del territorio nacional. 4. Detrimento grave de la Hacienda pública”.

En el caso de aplazamiento total o parcial en el acatamiento del fallo, el Tribunal debía señalar necesariamente la indemnización correspondiente. En el supuesto de que la Administración determine que no debe ejecutarse la sentencia –siempre con fundamento en las mencionadas causas enumeradas en la Ley- el Tribunal no solamente tenía la opción de establecer la indemnización que debe concederse “en equivalencia del derecho declarado”, sino que también podía

---

ambos casos, lo mismo en el de suspensión que en el de inejecución, pondrá en conocimiento del Gobierno la resolución que recaiga, para que se haga efectiva inmediatamente la indemnización en la forma que establece el art. 85, ó se cumpla lo mandado en su caso por el Pleno.

“No podrá suspenderse ni declararse inejecutables las sentencias por causa de imposibilidad material ó legal de ejecutarlas, y si estos casos se presentaren, serán sometidos por el Ministro ó Autoridad administrativa, por medio del Fiscal al Tribunal respectivo, dentro del plazo aludido de dos meses, á fin de que con audiencia de las partes, y en trámite de ejecución de sentencia, se acuerde la forma de llevar á efecto el fallo, bien mandando que se ejecute con remoción de las dificultades que se presenten, bien resolviendo si son irreductibles la indemnización que por ella haya de abonarse al que hubiese obtenido el fallo.

“Si dentro del referido plazo de dos meses, contados desde que reciba la Administración la copia de la sentencia, no adoptase el Gobierno ó la Autoridad administrativa correspondiente alguna de las medidas consignadas en el primer párrafo de este artículo, sin perjuicio de la responsabilidad á que esto dé lugar, se ejecutarán las sentencias en la forma y términos que en el fallo se consigne, bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la Administración.

“El Tribunal sentenciador, mientras no conste en los autos la total ejecución de la sentencia ó la efectividad de las indemnizaciones señaladas en sus casos respectivos, adoptará, á instancia de las partes interesadas, cuantas medidas y providencias sean adecuadas para promoverla y activarlas. Si transcurriesen seis meses desde la fecha de la sentencia sin que el fallo se hubiese ejecutado, ó desde la en que esté fijada la indemnización ó proveída la conducente, sin que se haya hecho efectivo, el mismo Tribunal directamente, á instancia de la parte litigante, dará cuenta á las Cortes, con copia certificada, de los antecedentes necesarios que señale el Tribunal con audiencia de las partes, á fin de que se exijan las responsabilidades consiguientes á la desobediencia de las resoluciones del Tribunal” (sic). España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1904/131/A00555.tif>.

decidir “la manera de atender en otra forma á la eficacia de lo resuelto por la sentencia”.

La normativa expuesta constituye un avance que favorece a la eficacia de las sentencias y al derecho del administrado, pues las causales determinadas por la Ley, como advierte Guaita, son en extremo excepcionales que, de ocurrir,

“[...] nada habría que oponer si se aplicaran con discreción, pues no es probable que se presentaran, al menos con frecuencia, y cuando así ocurriera, obligado es reconocer que debe ceder el interés particular al público que representa la Administración y que sólo ella debe apreciar [...]

“Insisto en que si se presentaran las causas de inejecución estaría ésta bien acordada, pero la crítica ha de dirigirse precisamente en esta dirección, en lo raro que va a resultar, por ejemplo, que del cumplimiento de una sentencia contencioso-administrativa dependa la integridad del territorio nacional.

“Tampoco es nada probable que del cumplimiento de una sentencia pueda derivar una guerra con otra potencia; si el demandante es español, no habrá muchas que desencadenen la guerra para defender los intereses de éste; y si es extranjero, más bien podría pensarse en el peligro de la guerra si no se ejecutara la sentencia favorable al mismo, pero no si se ejecuta [...]

“Peligro de trastorno grave del orden público: puede realmente presentarse en los casos en que el demandante en el proceso sea, por ejemplo, una empresa poderosa, y la sentencia, al revocar el acto administrativo impugnado, venga a afectar desfavorablemente a gran número de administrados; piénsese, por ejemplo, en el caso de una industria que emplee a millares de obreros, en la construcción de grandes obras públicas, etc.”<sup>428</sup>

Sin embargo, comentario especial merece la causal de “Detrimento grave de la Hacienda pública”, pues, como advierte Guaita, carece de justificación ya que el Tribunal, presentándose dicha causal, debería fijar una indemnización “en equivalencia del derecho declarado”, de tal modo que si verdaderamente se pretende lograr dicha equivalencia para borrar el daño causado por la no

---

<sup>428</sup> Guaita, Aurelio, *op. cit.*, en nota 418, p. 94-95.

ejecución, subsistiría el “detrimento grave a la Hacienda pública”. En otros términos, la indemnización por el supuesto en comento debería ser menor a la del derecho declarado en la sentencia para que no exista “detrimento grave a la Hacienda pública”, porque de lo contrario tal detrimento subsiste en la forma de la indemnización a pagar, que en todo caso, debe ser “equivalente al derecho declarado”.<sup>429</sup> De todos modos, a pesar de estos comentarios de Guaita, no debe olvidarse que la propia Ley de 1904 expresa la posibilidad, no sólo de fijar una indemnización, sino también de que el Tribunal señale “la manera de atender en otra forma á la eficacia de lo resuelto por la sentencia”, lo cual abre alguna alternativa de solución a la contradicción que advierte el citado autor.

Además de las cuatro causales de no ejecución de la sentencia que señala la Ley de 1904, puede agregarse la imposibilidad material o legal, prevista en el párrafo quinto del artículo 84:

“No podrá suspenderse ni declararse inejecutables las sentencias por causa de imposibilidad material ó legal de ejecutarlas, y si estos casos se presentaren, serán sometidos por el Ministro ó Autoridad administrativa, por medio del Fiscal al Tribunal respectivo, dentro del plazo aludido de dos meses, á fin de que con audiencia de las partes, y en trámite de ejecución de sentencia, se acuerde la forma de llevar á efecto el fallo, bien mandando que se ejecute con remoción de las dificultades que se presenten, bien resolviendo si son irreductibles la indemnización que por ella haya de abonarse al que hubiese obtenido el fallo”.

Como señala Guaita, la imposibilidad material o legal es causa más probable de no ejecución de sentencias que puede presentarse. El mismo autor, con acierto, destaca el lenguaje confuso y equivocado que emplea la norma citada:

“[...] nuestra ley no admite como causa de inexecución de la sentencia la imposibilidad de ejecutaría; pero admite, en cambio, que se presente esa imposibilidad; es más, al final del párrafo transcrito, la ley reconoce que puede haber

---

<sup>429</sup> *Ibidem*, pp. 94-95.

obstáculos o dificultad irreductibles que imposibiliten la ejecución de una sentencia, y para ese caso dispone una indemnización [...]. Hay que concluir, por tanto, que nuestra ley, aunque muy forzosamente, admite como causa de inejecución la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia.

“Ni podía ser de otra manera, porque si verdaderamente hay imposibilidad, ¿cómo se va a ejecutar la sentencia? Desde luego, hay que rechazar esa imposibilidad legal que derivara de una ley dictada *con miras exclusivamente a inejecutar una sentencia determinada*, pues quebrantaría el principio de igualdad ante la ley, pero puede realmente darse tal imposibilidad, legal y material, de ejecutar una sentencia”.<sup>430</sup>

No obstante los comentarios expuestos, la Ley de 5 de abril de 1904 constituye, sin duda, un avance muy importante en el sistema español de ejecución de sentencias. Es relevante la referencia de la Ley a la inactividad de la Administración en el cumplimiento del fallo, en la declaración de la suspensión o en la no ejecución, pues si en el plazo de dos meses se evidencia tal inercia, se ejecutará la sentencia en sus propios términos “bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la Administración”. Es también digno de destacarse cierta reivindicación de la función del Juez en la ejecución de las sentencias, como se observa en el último párrafo del artículo 84:

“El Tribunal sentenciador, mientras no conste en los autos la total ejecución de la sentencia ó la efectividad de las indemnizaciones señaladas en sus casos respectivos, adoptará, á instancia de las partes interesadas, cuantas medidas y providencias sean adecuadas para promoverla y activarlas. Si transcurriesen seis meses desde la fecha de la sentencia sin que el fallo se hubiese ejecutado, ó desde la en que esté fijada la indemnización ó proveída la conducente, sin que se haya hecho efectivo, el mismo Tribunal directamente, á instancia de la parte litigante, dará cuenta á las Cortes, con copia certificada, de los antecedentes necesarios que señale el Tribunal con audiencia de las partes, á fin de que se exijan las

---

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 97.

responsabilidades consiguientes á la desobediencia de las resoluciones del Tribunal”.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, en su exposición de motivos, expresamente se declara judicialista, con lo cual define una posición precisa respecto de las discrepancias doctrinarias –e incluso políticas- que rodeaban al tema de qué órganos debían conocer las controversias administrativas. Al respecto, dice la exposición de motivos:

“Problema capital era el de la organización de los Tribunales a los que había de confiarse el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos.

“La Ley no ha acogido en toda su pureza ninguna de las dos posiciones tradicionales, que, sólo después de largo tiempo, pudieron ser conciliadas en la Ley de 1888, y que han subsistido, con más o menos variantes, en los distintos sectores críticos de la misma.

“También se parta del llamado sistema armónico o mixto, al menos en la forma en que fue recogido en ella.

“La Ley es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la Jurisdicción Contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos”.<sup>431</sup>

Por otra parte, la ley concibe al contencioso administrativo como manifestación de un *fenómeno procesal*, y si bien indica el carácter revisor del proceso, en cuanto precisa de la existencia de un acto previo de la Administración, se expresa que no se trata de una segunda instancia o una casación respecto de las decisiones administrativas, sino que propiamente comporta una instancia

---

<sup>431</sup> España, *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 9a. ed., Madrid, Imprenta del Boletín Oficial del Estado, 1976, pp. 19-20.

jurisdiccional en la cual se conocen, a través de un auténtico proceso entre partes, las pretensiones que deduzca la actora en razón de un acto administrativo.<sup>432</sup>

En lo que se refiere a la ejecución de sentencias, la exposición de motivos de la Ley expresa lo siguiente:<sup>433</sup>

“Respecto de la ‘ejecución de sentencias’ se tiende a aumentar las garantías del administrado en dos direcciones; por un lado, limitando las causas de suspensión o inejecución a las que tradicionalmente se habían mantenido en nuestra legislación al suprimir la causa quinta que introdujera la Ley de 18 de marzo de 1944,<sup>434</sup> por otro, reforzando las medidas indirectas que el Ordenamiento jurídico pone en manos del que ha obtenido una sentencia favorable, a fin de lograr la plena efectividad de lo dispuesto en el fallo.

“Aun cuando se mantiene el precepto que cierra la posibilidad de suspender o inejecutar las sentencias que, habiendo examinado la cuestión de fondo, sean

---

<sup>432</sup> *Ibidem*, pp. 18-19. Textualmente, dice la exposición de motivos:

“El texto legal configura a la Jurisdicción Contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública, sujetos al Derecho administrativo.

“Conserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa exista un acto administrativo.

“Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo.

“La Jurisdicción Contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique –dicho sea a título enunciativo– que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración.

“El proceso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional”.

<sup>433</sup> *Ibidem*, pp. 37-38.

<sup>434</sup> La Ley de 18 de marzo de 1944 incorporó una quinta causal que autorizaba a no ejecutar las sentencias, la misma que resalta por su alcance excesivamente indeterminado y discrecional:

“Artículo quinto.- Al párrafo segundo del artículo ochenta y cuatro de la Ley de veintidós de junio de mil ochocientos noventa y cuatro, modificado por la de cinco de abril de mil novecientos cuatro, se agregará como causa quinta de las que en él se enumeran, la siguiente:

“ ‘Quinta.- Cualquier otra causa que entrañe idéntica gravedad a juicio del Gobierno’.

“Se entenderá que la referencia que en el párrafo cuarto del citado artículo se hace a las cuatro causas indicadas se extiende igualmente a la quinta adicionada por la presente”. España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/datos/imagenes/BOE/1944/083/A02406.tif>.

confirmatorias de actos de la Administración, se introduce en el mismo una importante excepción cuando hubieren sido dictadas en un proceso de lesividad. Pues si aquel precepto tiene su fundamento en la salvaguardia del interés público, no parece prudente aplicarlo en aquellos casos en que la propia Administración, en la realización del mismo, estima necesaria la anulación del acto administrativo”.

La Ley de 1956 significó un paso fundamental y decisivo para el perfeccionamiento del proceso contencioso administrativo español. Son encomiables su depurada técnica jurídica y su propósito de garantizar los derechos del administrado y de subordinar a la Administración al Derecho. No obstante, en lo que se refiere a la ejecución de sentencias adversas a la Administración, no contiene una innovación de trascendencia.<sup>435</sup> Bien observa Garrido Falla, que pese a los méritos de la Ley, pero teniendo presentes los principios constitucionales vigentes a la fecha que escribe su trabajo:

“Quizá uno de los aspectos más susceptibles de críticas sea el relativo a la ejecución de las sentencias que dictan los Tribunales contencioso-administrativos, pues que la ejecución se encomienda ‘al propio órgano que hubiese dictado el acto o la disposición objeto del recurso’ (artículo 103 de la Ley). No quiere decirse con esto ni que la ejecución quede a su arbitrio, ni que la Ley haya olvidado establecer las adecuadas medidas para que no se eluda. Pero, con todo, parece llegada la oportunidad de reformar esta parte de la Ley para acomodarla a lo dispuesto en el artículo 31 de la fundamental Ley Orgánica del Estado, según el cual:

“ ‘La función jurisdiccional, juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado*, en los juicios civiles, penales, *contencioso-administrativos*, laborales y demás que establezcan las leyes, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia’ ”.<sup>436</sup>

Esta aspiración de una justicia administrativa “completa” –por decirlo de alguna manera- se observa claramente en un importante sector de la doctrina

---

<sup>435</sup> *Op. cit.*, en nota 431, pp. 112-116.

<sup>436</sup> Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, en nota 410, pp. 23-24

española, que advierte que la denominada “jurisdicción contencioso administrativa” no puede limitarse al conocimiento y decisión de una controversia, sino que también debe incorporar la facultad, efectiva y eficaz, de hacer ejecutar lo juzgado.

La Ley de 1956, como ya se advirtió, sigue otorgando a la propia Administración la competencia de cumplir con los fallos judiciales. Y a pesar de que el juzgador no se desvincula del problema de la ejecución, sólo tiene el papel de un fiscalizador. Los mecanismos de presión que se prevén para hacer cumplir las sentencias son indirectos, a saber, la es establecimiento de la responsabilidad del funcionario o la publicación de una relación de sentencias incumplidas en el Boletín Oficial del Estado. El verdadero mecanismo de ejecución, en suma, continúa en manos de la Administración, y la relación entre ésta y el juzgador, como señala Isaac Martín Delgado, sigue siendo de mera cooperación.<sup>437</sup> El autor citado advierte que las razones para insistir en este tradicional sistema de “auto-ejecución” de larga data se sustentan, en suma, en una particular interpretación del principio de división de poderes que resguardaba la independencia de la Administración, en la creencia de que no es admisible que un “poder” del Estado pueda proceder coactivamente contra el otro, e incluso, en una particular concepción del “interés general” que favorece a la Administración.<sup>438</sup>

Con el advenimiento de la Constitución de 1978, el sistema de ejecución de sentencias previsto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 sería objeto de cuestionamientos durante su vigencia pos-constitucional, hasta 1998. En concreto, el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, que se suma al establecimiento a nivel de norma constitucional de la obligación de cumplir con las sentencias y de colaborar en la ejecución de las mismas, los cuales se conjugan con los principios de exclusividad y unidad de jurisdicción, propondrían el debate de la inconstitucionalidad sobrevenida de

---

<sup>437</sup> Martín Delgado, Isaac, *op. cit.*, en nota 316, pp. 78-80. Este carácter de fiscalizador que tiene el juez se desprende del artículo 8.1 de la Ley de 1956: “Los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que fueren competentes para conocer de un asunto la tendrán también para todas sus incidencias y para fiscalizar la ejecución de las sentencias que dictaren”.

<sup>438</sup> *Ibidem*, pp. 75-83.

algunas normas de la Ley de 1956, precisamente, en relación con la titularidad de la facultad de ejecutar las sentencias, que de conformidad con el artículo 103 de dicha Ley, corresponde a la Administración.

Es importante tener presente –como advierte García de Enterría- que las disposiciones constitucionales aludidas se estructuran de una manera omnicompreensiva, general, y son plenamente aplicables a todo tipo de procesos, sin que sea posible hacer excepciones en aquellos casos en que la Administración es parte.<sup>439</sup>

En lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 24.1 de la Constitución de 1978 dispone lo siguiente:

“Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.<sup>440</sup>

Como ya dijimos en su oportunidad,<sup>441</sup> por definición, ninguna tutela judicial puede calificarse de *efectiva* –esto es, verdadera, real y no puramente nominal- si el fallo recaído en un proceso no se cumple, situación esta que niega por completo la realización de la justicia.<sup>442</sup>

Por otra parte, como una obligación que perfectamente puede correlacionarse con el mencionado derecho, el artículo 118 de la Constitución

---

<sup>439</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo, “Los Postulados Constitucionales de la Ejecución de las Sentencias Contencioso-Administrativas”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto de Administración Pública, No. 209, enero-abril de 1987, pp. 12-13, [http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/209/DA\\_209\\_0007.pdf](http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones_Periodicas/DA/209/DA_209_0007.pdf).

<sup>440</sup> España, *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 126. Las posteriores citas que se hacen de la Constitución española tienen su fuente en esta publicación.

<sup>441</sup> *Supra*, capítulo primero, número III, acápite 1.

<sup>442</sup> Sobre la ejecución de las sentencias como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se pueden consultar los trabajos de los siguientes autores, que se sustentan en numerosos fallos del Tribunal Constitucional de España: García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, en nota 439, p. 10. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 70, pp. 337 y ss. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, en nota 73 pp. 496 y ss. Sosa Wagner, Francisco y Quintana López, Tomás, *op. cit.*, en nota 420, pp. 26-28.

española establece la obligación de cumplir con las sentencias judiciales y a colaborar con los jueces en tal cometido, sin que se establezca excepción alguna. Esta disposición evidentemente alcanza a la Administración Pública. La citada norma constitucional dispone:

“Artículo 118

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

No obstante, el derecho a la tutela judicial efectiva y la obligación de cumplir con las sentencias, por sí solos, no necesariamente sirven de fundamento para determinar si la atribución de ejecutar las sentencias contencioso administrativas debe recaer en la Administración o en los órganos jurisdiccionales. Por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de cumplir con las sentencias deben armonizarse con los postulados constitucionales de los artículos 106.1 y 117.3:

“Artículo 106

“1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

“Artículo 117 [...]

“3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*” (La cursiva es mía).

Si bien la fórmula del artículo 117.3 es similar a la que se empleaba desde antaño en el constitucionalismo español, la referencia a *todo tipo de procesos* marca una diferencia fundamental, pues las antiguas constituciones de España se referían a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado *en relación con los*

*asuntos civiles y criminales*.<sup>443</sup> Como se ha podido observar a lo largo de este apartado, al proceso contencioso administrativo se lo concibió como distinto de dichos asuntos, lo cual explica las discusiones y soluciones sobre el régimen especial que se pretendió darle en las distintas etapas de la historia del Derecho procesal administrativo español. Esto, sin dejar de tener presente la incidencia que en todo ello tienen los conceptos e ideas presentes en las distintas épocas.

La Constitución de 1978, a diferencia de sus antecesoras, establece el principio de *exclusividad y de unidad de jurisdicción*, de tal modo que únicamente a los tribunales les compete, no sólo juzgar, sino también hacer ejecutar lo juzgado.<sup>444</sup> En ello, como se ha dicho, no hay distinción de materias jurídicas, casos o situaciones, y por ende, no puede establecerse una excepción a favor de una competencia de ejecución que recaiga en la Administración.<sup>445</sup>

En contraste con las disposiciones constitucionales antes aludidas, precisamente respecto de los principios contemplados en el artículo 117.3 de la Norma Suprema española, el artículo 103 de la Ley de 1956 establecía:

“Artículo 103.

“La ejecución de las sentencias corresponderá *al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso*” (Lo resaltado es del autor).

---

<sup>443</sup> Esta referencia a los asuntos “civiles y criminales” inicia en la Constitución de Cádiz de 1812: “Art. 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente á los tribunales.

“Art. 245. Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado” (sic). Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02438387547132507754491/p0000001.htm#l\\_1\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02438387547132507754491/p0000001.htm#l_1_)

Como ya se indicó, la misma fórmula permanece en las constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876. El texto de estas constituciones puede consultarse en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/FichaTituloSerieDeObra?id=589&portal=0>.

<sup>444</sup> A los principios de exclusividad y de unidad de jurisdicción nos hemos referido en el Capítulo Segundo al tratar sobre el régimen constitucional del proceso contencioso administrativo en la Constitución Política de la República del Ecuador.

<sup>445</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, en nota 439, p. 13.

La vigencia pos-constitucional de esta norma dio lugar a cuestionamientos sobre su conformidad con los principios de exclusividad previstos en el artículo 117.3, concretamente, en relación con la titularidad de la facultad de ejecución de las sentencias contencioso administrativas. La doctrina mayoritaria, señalan Sosa Wagner y Quintana López, se inclinó por la derogación, e, incluso, por la inconstitucionalidad del sistema administrativo de ejecución de sentencias previsto en la Ley de 1956, “[...] sin que tampoco hayan faltado quienes siguen manteniendo la cobertura constitucional del sistema administrativo de ejecución”.<sup>446</sup>

Lo cierto es que la vigente Ley de 7 de Julio de 1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puso fin al debate, pues no sólo derogó la Ley de 1956, sino que también introdujo un profundo cambio en el sistema español de cumplimiento de sentencias adversas a la Administración, pues determina la titularidad judicial de la facultad de ejecución.

En la exposición de motivos, la Ley se define como “continuista” y a la vez “profundamente renovadora”. Sin dejar de lado las virtudes de la Ley de 1956 y los avances que ésta supuso en el desarrollo del Derecho Administrativo español, la Ley de 1998 advierte que aquella “no está ajustada a la evolución del ordenamiento y a las demandas que la sociedad dirige a la Administración de Justicia”. En tal virtud, se indica que el propósito fundamental es adecuar el contencioso administrativo a los cambios sociales, jurídicos e institucionales, y sobre todo, a los principios fundamentales establecidos en la Constitución española de 1978.<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup> Sosa Wagner, Francisco y Quintana López, Tomás, *op. cit.*, en nota 420, pp. 23-24. Los autores citados, indican que existió una “nada pacífica interpretación” del “hacer ejecutar lo juzgado”, sustantivando como cosa distinta el ejecutar del hacer ejecutar lo juzgado. Con ello, se [...] pretendía cubrir con el manto pseudoconstitucional, esta discutible posición de privilegio de la Administración”.

<sup>447</sup> En la parte intitulada “Justificación de la Reforma”, la exposición de motivos observa que, “[...] las cuatro décadas transcurridas desde que aquella Ley se aprobó han traído consigo numerosos y trascendentales cambios, en el ordenamiento jurídico, en las instituciones político-administrativas y en la sociedad. Estos cambios exigen, para alcanzar los mismos fines institucionales, soluciones necesariamente nuevas, pues, no obstante la versatilidad de buena parte de su articulado, la Ley de 1956 no está ajustada a la evolución del ordenamiento y a las demandas que la sociedad dirige a la Administración de Justicia”.

La Ley advierte sobre el impacto que produce dicha Constitución, y si bien no se desconoce que “[...] algunos de los principios en que ésta se funda son los mismos que inspiraron la reforma jurisdiccional de 1956 y que fue deduciendo la jurisprudencia elaborada a su amparo [...]”, se tiene presente que “[...] es evidente que las consecuencias que el texto constitucional depara en punto al control judicial de la actividad administrativa son muy superiores”. Al respecto, es importante tener presentes las consideraciones que a continuación se transcriben:

“Sólo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales. *La proclamación de estos derechos y principios en la Constitución y su eficacia jurídica directa han producido la derogación implícita de aquellos preceptos de la Ley Jurisdiccional que establecían limitaciones en el acceso a los recursos o en su eficacia carentes de justificación en un sistema democrático.* Pero el alcance de este efecto derogatorio en relación a algunos extremos de la Ley de 1956 ha seguido siendo objeto de polémica, lo que hacía muy conveniente una clarificación legal. Además, la jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa, ha extraído de

---

Más adelante, en el mismo acápite que trata sobre la justificación de la ley, se expresa claramente un propósito de rescatar los aspectos positivos de la Ley de 1956, sin dejar por ello de avanzar hacia soluciones que se amolden con la situación contemporánea: “[...] la reforma es a la vez continuista y profundamente renovadora. Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al Derecho; y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales. No obstante, la trascendencia y amplitud de las transformaciones a las que la institución debe acomodarse hacían inevitable una revisión general de su régimen jurídico, imposible de abordar mediante simples retoques de la legislación anterior. Además, la reforma no sólo pretende responder a los retos de nuestro tiempo, sino que, en la medida de lo posible y con la necesaria prudencia, mira al futuro e introduce aquí y allá preceptos y cláusulas generales que a la doctrina y a la jurisprudencia corresponde dotar de contenido preciso, con el fin de perfeccionar el funcionamiento de la Jurisdicción”. España, *LEY 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/16718](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/16718). Las posteriores citas que en este apartado se hacen de esta ley están tomadas de la fuente indicada.

los principios y preceptos constitucionales otras muchas reglas, *que imponen determinadas interpretaciones de dicha Ley, o incluso sostienen potestades y actuaciones judiciales no contempladas expresamente en su texto*. Por último, la influencia de la Constitución en el régimen de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no se reduce a lo que disponen los artículos 9.1, 24, 103.1 y 106.1. De manera más o menos mediata, la organización, el ámbito y extensión material y el funcionamiento de este orden jurisdiccional se ve afectado por otras muchas disposiciones constitucionales, tanto las que regulan principios sustantivos y derechos fundamentales, como las que diseñan la estructura de nuestra Monarquía parlamentaria y la organización territorial del Estado. Como el resto del ordenamiento, también el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa debe adecuarse por entero a la letra y al espíritu de la Constitución” (La cursiva es del autor).

En el número 3 del acápite cuarto de la exposición de motivos, que trata sobre la ejecución de sentencias dentro del tema general del procedimiento, se destaca que los fundamentos del nuevo sistema de ejecución de sentencias son la obligación constitucional de cumplir con las resoluciones judiciales, el deber de colaborar con la ejecución de lo resuelto y la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado.

“Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”.

Bien puede afirmarse que tras estos fundamentos subyace un replanteamiento sobre el alcance y significado del principio de división de funciones, el cual, debido a las interpretaciones restrictivas de antaño, condicionó decisivamente las soluciones legislativas españolas que regulaban la ejecución de sentencias. Este tema, admite la exposición de motivos de la Ley de 1998,

constituyó “[...] desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo”.

Como elemento previo para el análisis del sistema de ejecución de sentencias que establece la Ley española de 1998, es necesario referirse a las disposiciones que versan sobre el contenido de los fallos, específicamente a aquellas normas que tratan sobre las sentencias adversas a la autoridad administrativa, en consideración al tema de este trabajo.<sup>448</sup> En su parte pertinente, el artículo 70.2 de la Ley dispone:

“2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

“Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Por su parte, el artículo 71, en relación con las sentencias estimatorias, contempla las siguientes posibilidades:

a. La declaración de no ser conforme a derecho la disposición o acto impugnado. En este caso, habida cuenta que la ley permite la impugnación de actos jurídicos o de actuaciones materiales que constituyan vías de hecho,<sup>449</sup> la

---

<sup>448</sup> Como manifestamos en el capítulo IV al referirnos a las clases de sentencias contencioso-administrativas, interesan al tema de este trabajo las sentencias que resuelven sobre el fondo del asunto y que sean firmes y ejecutoriadas. A título ilustrativo, no obstante, señalamos que de conformidad con el artículo 68 de la Ley española de 1998, la sentencia puede declarar la “inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo” o la “estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo”. El primer supuesto, según el artículo 69, se produce por ausencia de requisitos o de presupuestos procesales: competencia de los jueces, falta de legitimación, de capacidad, etcétera. Por su parte, la “desestimación del recurso contencioso-administrativo”, al tenor del artículo 70.1, se declara cuando “se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados”.

<sup>449</sup> Al respecto, el artículo 25 dispone:

“Artículo 25.

“1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con 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.

sentencia puede, según fuere el caso, declarar la nulidad del acto o disposición impugnados, o bien, condenar a la Administración a que cese o modifique la actuación impugnada.

b. El reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada. En este supuesto, la sentencia reconocerá dicha situación jurídica y se adoptarán cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

En atención a este precepto, destacan García de Enterría y Fernández que la sentencia ya no es meramente anulatoria, según la vieja concepción del recurso objetivo, y por ende,

“[...] no serán lícitas las declaraciones de simple ‘nulidad de actuaciones’ en el procedimiento administrativo que se ha seguido para dictar el acto que se anula, sin ningún otro pronunciamiento favorable al ganador, al que, en realidad, con esa fórmula se agrava con la onerosísima carga de tener que soportar un segundo proceso contencioso una vez subsanada la irregularidad procedimental por la Administración. Nadie puede obtener ventaja de su propia torpeza, precisa un viejo apotegma jurídico (*allegans propriam turpitudinem non auditur*) y la Administración que ha incurrido en un vicio de procedimiento en su actuación no puede gravar al ciudadano con una tal carga (especialmente hoy, con los enormes retrasos de la justicia administrativa, de los que puede decirse simplemente que no son compatibles con la brevedad de la vida humana). El recurrente no lucha porque las reglas procedimentales se cumplan, sino por su derecho (a lo que sabemos que es equiparable el ‘interés legítimo’), que debe serle reconocido de manera efectiva y ‘sin dilaciones indebidas’, como exige el artículo 24 de la Constitución, sin perjuicio de que la Administración, una vez regularizados sus incumplimientos, pueda, si dispone de título para ello, reaccionar contra su antiguo ganador”.<sup>450</sup>

---

“2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley”.

<sup>450</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 663.

c. La emisión de un acto o la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria. Este caso tiene relación con la posibilidad de impugnar la inactividad administrativa, es decir, la mora de la Administración de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, o la falta de ejecución de los actos administrativos firmes.<sup>451</sup>

d. El resarcimiento de daños y perjuicios. En este supuesto,

“[...] se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia”.

Los supuestos que prevé la Ley se relacionan con las posibles pretensiones procesales que contemplan los artículos 31 y 32:

“Artículo 31.

“1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.

“2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno

---

<sup>451</sup> Sobre la inactividad de la Administración, el artículo 29 de la Ley española de 1998 dice:

“Artículo 29.

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de 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 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, éstos pueden deducir recurso contencioso- administrativo contra la inactividad de la Administración.

“2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso- administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

“Artículo 32.

“1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

“2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2”.

Los efectos de las sentencias pueden ser *erga omnes* o *inter partes*, y con carácter *ex tunc* o *ex nunc*. Al respecto, los artículos 72 y 73 dicen:

“Artículo 72. [...]”

“2. La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

“3. La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111.<sup>452</sup>

“Artículo 73.

---

<sup>452</sup> Las disposiciones a las cuales se remite la norma transcrita tratan sobre la extensión de los efectos de la sentencia hacia personas que no intervinieron en el proceso, interesante innovación que evita procesos innecesarios en contra de lo que la exposición de motivos llama “actos en masa”, concretamente, en materia tributaria y de personal. Sobre el tema, véase Martín Contreras, Luis, *La Extensión de Efectos de las Sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Materia Tributaria y de Personal*, Granada, 2000. También el trabajo de López Benítez, Mariano, “Comentario a la LJCA de 1998” (artículo 110), *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 100, octubre-diciembre de 1998, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

“Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Sin embargo, la Ley, en resguardo del ámbito constitucional de actividad de la Administración, limita también las facultades de los órganos jurisdiccionales, quienes, como señala el artículo 71.2, no pueden determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de la disposición general que se anula, ni determinar el contenido discrecional de los actos administrativos anulados.

En lo que se refiere al sistema de ejecución de sentencias vigente en España, el artículo 103 de la Ley de 1998 establece los siguientes postulados básicos:

“Artículo 103.

“1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.

“2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen.

“3. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.

“4. Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

“5. El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

La Ley española de 1998, como observa Joaquín Tornos Mas, define de forma precisa una nueva relación entre la función judicial y la Administración Pública. En primer término, categóricamente se señala que la ejecución de las sentencias contencioso administrativas es competencia propia de los jueces y no de la Administración. Como consecuencia lógica de esta precisa determinación de atribuciones –que implica la derogación de la prerrogativa de la Administración de ejecutar por sí misma las sentencias que se dictan en su contra- se establece claramente que su posición es la de una *parte*, sobre quien recae el *deber* de acatar rigurosamente lo que dispone la decisión judicial.

“La Administración ejecutará la sentencia, pero no en ejercicio de un poder que le es atribuido legalmente, sino como un deber, actuando como parte sometida plenamente al control de los tribunales. En esta ejecución no actúa como Administración, ejercitando potestades propias y actuando objetivamente al servicio de intereses generales, sino que actuará como parte vencida en juicio”.<sup>453</sup>

Por otra parte, como destacan Cholbi Cachá y Merino Molins, el artículo que se comenta plantea una nueva conceptualización del principio de división de funciones, pues en la específica temática del cumplimiento de los fallos judiciales, la Administración Pública carece de autonomía respecto de los órganos jurisdiccionales. Ello implica, así mismo, una concreción del principio de subordinación de la Administración al Derecho, pues ésta está sometida a las decisiones que emanan de la jurisdicción.<sup>454</sup>

---

<sup>453</sup> Tornos Mas, Joaquín, “Comentario a la LJCA de 1998” (artículo 103.1, 2 y 3), *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 100, octubre-diciembre de 1998, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

<sup>454</sup> Cfr. Cholbi Cachá, Francisco Antonio y Merino Molins, Vicente, *op. cit.*, en nota 317, p. 34. Los autores citados indican: “[...] en el marco de un Estado de Derecho no puede considerarse que la Administración pueda obviar la ejecución de los fallos judiciales, y que ello sea meramente potestativo. Conforme a los artículos 103.1 y 118 de la CE, la Administración, en esta materia, no posee autonomía o independencia respecto del poder judicial en lo que se refiere al cumplimiento de los fallos de los órganos jurisdiccionales, en concreto, del orden contencioso-administrativo.

“Los preceptos constitucionales citados subordinan la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, y la plasmación de este sometimiento al orden jurídico tiene su significación en el

El tercer párrafo del artículo 103 de la Ley de 1998 fortalece la competencia ejecutiva de los órganos jurisdiccionales al establecer que toda persona, pública o privada, debe colaborar con aquéllos para llevar a efecto lo decidido en el proceso. Observa Joaquín Tornos Mas que dicho párrafo contiene un precepto de eficacia:

“La atribución al poder judicial de la potestad de ejecutar las sentencias no podía reducirse [...] a una mera atribución de poder sin los medios necesarios para ejercer la función que se le encomienda. Con este fin, el párrafo tercero del artículo que comentamos impone a todas las personas, públicas y privadas, el deber de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales para la debida y completa ejecución de lo resuelto”.<sup>455</sup>

El mismo autor citado indica que la obligación de colaboración de que trata el párrafo 3 del artículo 103 se aplicaría a quienes *no fueron parte en el proceso*, es decir, a *terceros*, ya que el párrafo 2 de la misma norma trata, de modo específico, sobre la obligación de cumplimiento que recae *en las partes*.

Hecha esta precisión sobre el alcance del párrafo 3, advierte Tornos Mas que este precepto suscita algunas reflexiones sobre el ámbito subjetivo y el material sobre el cual recae. Respecto del ámbito subjetivo, el autor citado resalta que no podría equipararse la obligación de colaboración de las personas públicas y de las privadas. En efecto, la obligación de colaborar en la labor ejecutiva de los jueces sería más exigente para las personas públicas, pues se trata del “[...] cumplimiento de una tarea de interés general, debiendo acudirse a personas privadas sólo cuando la misma actividad no pueda ser desarrollada por una entidad pública”.

---

cumplimiento de las sentencias judiciales condenatorias. El artículo 106.1 de la CE, por su parte, confiere a los tribunales la potestad de controlar la legalidad de actividad de la Administración y el sometimiento de aquélla a los fines que la justifican, y esto supone que dicho control se ejerce en toda su plenitud, incluso hasta cuando la Administración ha de cumplir con un mandato judicial plasmado en el correspondiente fallo, por el cual se la obliga a adecuar su actuación a la legalidad vigente cuando su acto inicial ha sido anulado”.

<sup>455</sup> Tornos Mas, Joaquín, *op. cit.*, en nota 453.

Por otra parte, señala Tornos Mas, que en relación con la obligación de colaborar con los jueces que recae en las administraciones públicas, se presenta la duda de si dicha cooperación debe prestarse dentro del ámbito normal de las competencias administrativas, o incluso fuera de dicha esfera. Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional español No. 167/1987 de 23 de octubre resolvió que son exigibles del Tribunal Contencioso Administrativo las medidas que, al amparo de la Ley, “[...] deben tender a que se produzca inicialmente la actuación administrativa requerida por el pronunciamiento judicial, recabando para ello la colaboración precisa, incluso al margen del régimen ordinario de competencias”.<sup>456</sup> Al respecto, como dice el autor citado,

“La Administración que actúa en función de su deber de colaboración no actúa con potestades propias y, por tanto, actúa fuera del régimen competencial. En este caso se sitúa como colaboradora del poder judicial, en función de ejecución de la sentencia. No podrá decirse que la Administración asume poderes de tutela que no le corresponden, pues la Administración no asume nada. Se limita a cumplir un deber que le viene impuesto por Ley dentro del proceso de ejecución. Su acto no será incluso propiamente administrativo, quedando fuera del control jurisdiccional, siempre que, claro está, la actividad administrativa se mantenga en el marco del proceso de ejecución. Este acto es de hecho acto judicial, imputable al poder judicial, el cual utiliza instrumentalmente a la Administración para el ejercicio de una función jurisdiccional”.

Respecto del ámbito material al cual se aplica el párrafo 3 del artículo 103 de la Ley española de 1998, indica Tornos Mas,

“[...] que la colaboración será requerida cuando se trate de la ejecución de sentencias que reclamen una actividad material de la Administración. La obligación administrativa de cumplimiento de una sentencia no es una obligación

---

<sup>456</sup> Esta sentencia puede consultarse en España, *Boletín Oficial del Estado*, [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0167](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0167).

personalísima, y será en los casos en los que se requiera una actuación material de la Administración condenada cuando tenga sentido recurrir a la colaboración de un tercero. Si es una sentencia que se traduce tan sólo en la declaración de nulidad de un acto, que impone una obligación de no hacer, o el pago de cantidad líquida, difícilmente podrá entrar en juego la figura de la colaboración. Sí que tiene sentido acudir a esta técnica cuando se pretenda una actuación material de la Administración y ésta permanezca inactiva”.<sup>457</sup>

Los párrafos 4 y 5 del artículo 103 evitan los denominados incumplimientos indirectos de la sentencia, ya que sanciona con nulidad absoluta a cualquier acto que pretenda eludir lo dispuesto por los órganos jurisdiccionales. Para obtener la respectiva declaración no se debe iniciar un nuevo proceso, sino que se resuelve por vía incidental. Esta particularidad favorece al administrado, y obviamente, al derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el Derecho constitucional español, pues se pretende impedir nuevos procesos respecto de actos que únicamente persiguen dilatar la satisfacción del derecho de la parte vencedora.

El protagonismo que tiene el órgano jurisdiccional en la ejecución de sentencias adversas a la Administración, se observa en el procedimiento que establecen los artículos 104 a 113 de la Ley española de 1998 y en las facultades que se otorgan a los tribunales. Dicho procedimiento y facultades pueden esquematizarse de la siguiente manera:

a. Una vez que la sentencia ha quedado firme, el Juez la comunicará en el plazo de diez días al órgano administrativo que hubiera realizado la actividad que motiva el proceso, con el fin de que dicho órgano, una vez acusado recibo de la comunicación del Juez, y dentro del plazo de diez días, lleve “a puro y debido efecto” lo que dispone la sentencia, practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél” (artículo 104.1).

Trascurridos dos meses a partir de que la sentencia fue comunicada al órgano administrativo, o el que el Juez haya fijado para procurar la efectividad de

---

<sup>457</sup> Tornos Mas, Joaquín, *op. cit.*, en nota 453.

lo resuelto, cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar la *ejecución forzosa* (artículo 104.2). No obstante, la Ley también contempla la posibilidad de que dicho plazo general de dos meses pueda afectar a la eficacia del cumplimiento o causar grave perjuicio, situación en la cual, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado en el proceso y a la efectividad de la sentencia, el Juez puede determinar un *plazo menor* a dos meses para que se lleve a efecto lo decidido por los jueces (Artículo 104.3).

Puede observarse que las disposiciones a las que se ha hecho referencia establecen un *período de cumplimiento voluntario* que debe transcurrir antes de llevar a efecto la ejecución forzosa. Dicho período supone que el órgano administrativo debe llevar a efecto, *por sí mismo*, lo que ordena la sentencia, lo cual, como observa Luciano Parejo Alfonso, no supone el reconocimiento de una competencia de ejecución para el órgano administrativo, sino “[...] la concreción del deber constitucional de cumplir lo decidido por las Sentencias y las resoluciones judiciales firmes y de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales (art. 118 CE)”.<sup>458</sup>

b. En caso de incumplimiento, la Ley de 1998 otorga a los jueces y tribunales diversas facultades de ejecución, que tienen distinto alcance según fuere el contenido de fallo. Es necesario destacar, de antemano, que dichas facultades no se ejercen de oficio, sino a *instancia de parte o de persona interesada*,<sup>459</sup> como reiteradamente señala el articulado de la Ley.<sup>460</sup>

---

<sup>458</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota. 53, pp. 1254-1255.

<sup>459</sup> Esta legitimación amplia, que abarca a las partes y a las personas afectadas, es consecuencia de un nuevo concepto del proceso contencioso administrativo, a través del cual se pueden tutelar, no sólo derechos individuales, sino también intereses colectivos o de grupo. Además de ello, es interesante anotar que el ordenamiento español también prevé acciones populares, de tal manera que puede iniciar el proceso cualquier ciudadano en los casos que las leyes precisan. Sobre esta nueva visión, la exposición de motivos de la Ley de 1998, dice: “La regulación de las partes que se contenía en la Ley de 27 de diciembre de 1956, fundada en un criterio sustancialmente individualista con ciertos ribetes corporativos, ha quedado hace tiempo superada y ha venido siendo corregida por otras normas posteriores, además de reinterpretada por la jurisprudencia en un sentido muy distinto al que originariamente tenía. La nueva Ley se limita a recoger las sucesivas modificaciones, clarificando algunos puntos todavía oscuros y sistematizando los preceptos de la manera más sencilla posible. Lo que se pretende es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio,

En el caso de que la sentencia anule total o parcialmente un acto administrativo o una norma de rango inferior a la ley, el juez o tribunal no podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados, ni la forma en que deben redactarse los preceptos de la norma que se anula mediante la sentencia (artículo 71.2). En estos supuestos, la ley autoriza a los jueces y tribunales a disponer “[...] la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriere causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada”. En el caso de anulación de disposiciones generales o actos administrativos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas, “[...] el órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia” (artículo 107).

Situación diferente es la de la sentencia que ordena la realización de una actividad o la emisión de un acto, es decir, que imponen una obligación de hacer, caso en el cual el juez o tribunal ostentan la *facultad de ejecución por sustitución y*

---

pueda verse privado del acceso a la justicia. Sobre esta base, que ya se deduce de la Constitución, las novedades de la Ley tienen un carácter esencialmente técnico. Las más significativas se incorporan en los preceptos que regulan la legitimación. En cuanto a la activa, se han reducido a sistema todas las normas generales o especiales que pueden considerarse vigentes y conformes con el criterio elegido. El enunciado de supuestos da idea, en cualquier caso, de la evolución que ha experimentado el recurso contencioso-administrativo, hoy en día instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos y cualesquiera otros legítimos, incluidos los de naturaleza política, mecanismo de control de legalidad de las Administraciones inferiores, instrumento de defensa de su autonomía, cauce para la defensa de derechos y libertades encomendados a ciertas instituciones públicas y para la del interés objetivo de la ley en los supuestos legales de acción popular, entre otros”.

<sup>460</sup> Precisamente, el artículo 109 de la Ley dispone lo siguiente:

“Artículo 109.

“1. La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes:

“a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones.

“b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurren.

“c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

“2. Del escrito planteando la cuestión incidental se dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente.

“3. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Juez o Tribunal dictará auto, en el plazo de diez días, decidiendo la cuestión planteada”.

*la facultad de ejecución subsidiaria.* Al respecto, el artículo 108.1 dispone lo siguiente:

“Artículo 108.

“1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

“a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

“b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada”.

La *ejecución por sustitución o in natura*, prevista en el apartado 1 a) del artículo citado, pueden ejercerla los jueces por sus propios medios, o bien, requiriendo la colaboración de otras administraciones públicas, las cuales tienen, como se ha visto, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales, incluso, fuera del ámbito de sus competencias ordinarias. Por otra parte, la ejecución por sustitución no se encuentra limitada a situaciones específicas, ni las facultades ejecutivas de los jueces se limitan a medidas tasadas por la ley. Los términos del artículo 108.1, como observan Cholbi y Merino,

“[...] son lo suficientemente amplios como para poder afirmar que, en el mismo, se recogen la mayoría de los presupuestos de condena que se pueden dictar contra una Administración Pública, habiéndose conseguido salvar uno de los límites todavía existentes para la plena judicialización del proceso de ejecución de sentencias contencioso-administrativas, como era la limitación, hasta ahora existente, en cuanto se prohibía a los órganos jurisdiccionales que pudieran sustituir la actividad de la Administración en el cumplimiento del fallo contenido en la sentencia, lo que supone dar un paso más en la consecución de la plena efectividad de la tutela judicial respecto de la eficacia de la resolución judicial.

“Los medios recogidos en el artículo 108.1 de la LJCA/1998 serán aplicables, por tanto, a la ejecución forzosa de las condenas que supongan para la Administración la realización de una actividad, sea ésta de carácter formal o material, con independencia de la naturaleza de la pretensión que haya originado la misma”.<sup>461</sup>

Sin embargo, el artículo 108.1 no alcanza a las sentencias de condena al pago de alguna cantidad, que tienen un tratamiento especial en el artículo 106. Tampoco dicha norma autoriza a que el juez o tribunal establezca el contenido de una norma o disposición general.<sup>462</sup>

El apartado 1 b) del artículo 108 trata sobre la *ejecución subsidiaria*, que permite al juez o tribunal adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia inherente al acto de cumplimiento que omitió realizar la autoridad administrativa. Se denomina ejecución subsidiaria porque el órgano jurisdiccional puede solicitar la colaboración de terceros para que, *subsidiariamente*, frente al incumplimiento de la autoridad administrativa, realicen a costa de ésta todos los actos que se requieran para lograr el acatamiento de la sentencia.

“Esta medida típica del proceso civil se ha considerado especialmente idónea en los supuestos en que la ejecución de la sentencia requiere la realización de una actuación material, limitándose, en este caso, la actividad del Tribunal a comprobar que la ejecución se ha efectuado correctamente. La persona a la que se le confía la ejecución se entiende que no actúa como comisario sino como responsable directo de la actividad que le ha sido encomendada”.<sup>463</sup>

El artículo 108.2, por último, contempla el supuesto de que la Administración condenada contravenga los pronunciamientos del fallo, caso en el cual, “[...] el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el

---

<sup>461</sup> Cholbi Cachá, Francisco y Merino Molins, Vicente, *op. cit.*, en nota 317, p. 281.

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 282.

<sup>463</sup> *Ibidem*, p. 286.

incumplimiento”. Esta norma impediría, no sólo los incumplimientos manifiestos, sino también aquellos que se cobijan en simulaciones o argumentaciones que, con intención de eludir lo que se dispone en la sentencia, tratan de mostrar un cumplimiento puramente aparente.<sup>464</sup> En estos casos, no es necesario iniciar un nuevo proceso contencioso administrativo, sino simplemente solicitar las medidas que el precepto citado indica.<sup>465</sup>

c. El artículo 112 de la Ley contempla medidas de presión que se ejercen sobre las personas físicas, esto es, autoridades, funcionarios o agentes de la Administración que incumplan los requerimientos del órgano jurisdiccional. La disposición citada señala que, acreditada la responsabilidad de dichas personas, se impondrán multas coercitivas de 150,25 a 1.502,53 euros, las cuales se podrán reiterar hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. De igual modo, se puede “Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder”.<sup>466</sup>

d. El artículo 106 de la Ley se refiere a las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad líquida. El sistema de ejecución de este tipo de sentencias –que presentan una problemática particular por la necesidad de observar la legalidad presupuestaria y por el privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos- ha sido objeto de innovaciones interesantes a partir de la Ley española de 1998.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> Un caso interesante de estos acatamientos aparentes, o simplemente incumplimientos cobijados en argumentos improcedentes, lo relata Tomás-Ramón Fernández cuando se anuló en sentencia un acto reglamentario y la autoridad administrativa pretendió burlar las consecuencias de dicha anulación, bien apelando a una norma jurídica para “modular” el contenido de la sentencia, bien con su morosidad, o dictando actos incompatibles con la eficacia de la sentencia. Véase, Fernández, Tomás-Ramón, “Algunas Reflexiones sobre las Formas Indirectas de Incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, No. 73, enero-abril de 1974, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1974\\_073\\_151.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1974_073_151.PDF).

<sup>465</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 668.

<sup>466</sup> El texto de la norma citada es el que consta en la reforma introducida por el artículo 86 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre. Véase, España, *Boletín Oficial del Estado*, [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2003/23936](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2003/23936).

<sup>467</sup> El citado artículo dispone:  
“Artículo 106.

En primer término, para asegurar el cumplimiento de las sentencias pecuniarias, el apartado 1 del artículo 106 dispone:

“Artículo 106.

“1. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.

“2. A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia”.

En virtud de este precepto, no podrá invocarse la insuficiencia del crédito presupuestario para posponer el cumplimiento de la sentencia pecuniaria, pues los créditos ampliables pueden incrementarse en su cuantía hasta el importe que alcancen las respectivas obligaciones que la autoridad administrativa debe cumplir.<sup>468</sup> En relación con la norma que se comenta, Cholbi y Merino indican que:

---

“1. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.

“2. A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.

“3. No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.

“4. Si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla.

“5. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación asimismo a los supuestos en que se lleve a efecto la ejecución provisional de las sentencias conforme a esta Ley.

“6. Cualquiera de las partes podrá solicitar que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente”.

<sup>468</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 672.

“La sentencia firme va a suponer una generación automática de crédito en el estado de gastos del Presupuesto, sin que sea preciso realizar un expediente de crédito extraordinario, ya que la previsión del artículo 106.1 de la LJCA/1998, tiene como efecto la conversión automática de los créditos presupuestarios a los que se pueda imputar la condena pecuniaria”.<sup>469</sup>

Sin embargo, los autores citados, a pesar de las bondades del artículo 106.1, destacan algunos problemas que pudieron haber sido solucionados por la Ley de 1998. En primer término, la consideración del crédito como ampliable tendrá operatividad siempre que la Administración haya previsto en su presupuesto la partida correspondiente para atender los gastos que imponen las condenas pecuniarias, y que dicha previsión lo haya sido con carácter ampliable en las respectivas bases o normas de ejecución presupuestaria.

“Si en cambio, no hubiera partida presupuestaria, se deberá realizar la correspondiente modificación presupuestaria para la habilitación de la misma, a los efectos de poder atender el gasto en cuestión.

“Esto último, es lo que justifica la previsión contenida en el artículo 106.1 de la LJCA/1998, en cuanto a la referencia que en el mismo se hace a la necesidad de realizar una modificación presupuestaria para la ejecución del pago.

---

Señala José Juan Ferreriro Lapatza que los créditos ampliables constituyen una excepción al principio de especialidad cuantitativa que rige el presupuesto público español. Según dicho postulado, los créditos autorizados en los programas de gastos tienen *carácter limitativo*, y en consecuencia, no pueden adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los mismos.

Los créditos ampliables, por su parte, son créditos limitados en su cuantía, pero la cifra fijada para ellos en el presupuesto *puede aumentar* en función de los ingresos realizados o de las obligaciones reconocidas. Ferreriro Lapatza, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, 22ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, t. I, p. 323.

El artículo 54.1 de la Ley General Presupuestaria española, precisamente, dispone que tendrán la condición de ampliables los créditos destinados a “[...] atender obligaciones específicas del respectivo ejercicio, derivadas de normas con rango de ley [...]”, y en efecto, como señalan García de Enterría y Fernández en la obra ya citada, esta es exactamente la función que aquí cumple el artículo 106.1 de la Ley de 1998.

La Ley General Presupuestaria puede consultarse en España, *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/27/pdfs/A42079-42126.pdf>.

<sup>469</sup> Cholbi Cachá, Francisco y Merino Molins, Vicente, *op. cit.*, en nota 317, p. 261.

“Sea como fuere, aun con el carácter de ampliable de las correspondientes partidas presupuestarias de gastos, hay que establecer el concepto de ingreso que se encarga de su financiación, vinculando ambos, es decir, el ingreso al gasto. El problema radica, por tanto, no en la determinación de una partida de gasto como ampliable, sino en las fuentes que van a financiar dichos gastos ampliables”.<sup>470</sup>

Estas dificultades, señalan Cholbi y Merino, podrían haberse resuelto si la Ley de 1998, además del precepto del artículo 106.1, hubiese dispuesto la obligación de las entidades administrativas de contemplar en sus presupuestos una partida destinada expresamente a cumplir las condenas pecuniarias que en el ejercicio respectivo se impongan mediante sentencia.<sup>471</sup>

En el apartado 2 del artículo 106 se ordena incorporar al importe de la cantidad a cuyo pago ha sido condenada la Administración un interés legal desde la fecha de la *notificación* de la sentencia dictada en *primera o única instancia*. El *dies a quo* del cómputo –observan García de Enterría y Fernández- “[...] no interrumpen, pues, los plazos, normalmente largos de los recursos de apelación o de casación (siempre que en ellos recaiga fallo confirmatorio de la primera instancia, como es natural)”.<sup>472</sup>

En lo que se refiere a la ejecución forzosa de las sentencias pecuniarias, el artículo 106.3 indica que tal procedimiento se podrá iniciar luego de tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que debe cumplirla, supuesto en el cual, “[...] la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento”. En suma, en esta temática precisa, aparece que la ejecución forzosa consistiría en el aumento del interés legal, siempre que se demuestre “falta de diligencia en el cumplimiento”. No se

---

<sup>470</sup> *Idem.*

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>472</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 673.

han previsto mecanismos más severos, como la sustitución judicial o el embargo de bienes, como al respecto destacan Cholbi y Merino.<sup>473</sup>

Es el tema de la ejecución forzosa de sentencias pecuniarias el que, justamente, ha propiciado diversas críticas a las soluciones de la Ley española de 1998, en especial, respecto de la falta de un régimen jurídico que permita el embargo de ciertos bienes de la Administración.<sup>474</sup> No obstante, observa García de Enterría que la Constitución española establece las bases para el embargo de bienes públicos, de conformidad con las definiciones y precisiones que contempla el artículo 132:

“Artículo 132

“1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”.

En virtud de este texto, afirma García de Enterría:

“Hay, en efecto, una alusión a la inembargabilidad de ciertos bienes públicos (demaniales y comunales) en la Constitución, artículo 132.1. Esa excepción ha tenido que incluirse en la Ley suprema para poder constituir sus límites en un caso concreto a los poderes generales definidos en favor de los jueces, pero es evidente que no puede ser extendido a cualquier clase de bienes de la Administración, y especialmente al dinero.

“El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el

---

<sup>473</sup> Cholbi Cachá, Francisco y Merino Molins, Vicente, *op. cit.*, en nota 317, p. 267.

<sup>474</sup> La exposición de motivos de la Ley española de 1998, indica expresamente que no se elimina la prerrogativa de inembargabilidad de bienes públicos: “[...] la Ley regula la forma de ejecutar las sentencias que condenan a la Administración al pago de cantidad, sin eliminar la prerrogativa de inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda Pública, ya que dicha modificación no puede abordarse aisladamente en la Ley Jurisdiccional, sino en su caso a través de una nueva regulación, completa y sistemática, del estatuto jurídico de los bienes públicos”.

destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna”.<sup>475</sup>

Por último, el apartado 4 del artículo 106 prevé la posibilidad de que el pago de lo ordenado en sentencia pueda ocasionar “trastorno grave” en la hacienda pública. En estos casos, la Ley prevé que la Administración presente al órgano jurisdiccional una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para la Administración. Debe entenderse que el Juez tiene la facultad de valorar si efectivamente existe el peligro de “trastorno grave” en la hacienda pública.

e. El artículo 105 de la Ley española de 1998, al igual que sus antecesoras, trata sobre la “imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia”. Sin embargo, la Ley otorga al juez o tribunal la facultad de apreciar si concurren o no causas que hagan imposible ejecutar el fallo. Además, se permite al órgano jurisdiccional adoptar “[...] las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

La citada disposición legal se refiere, por otro lado, a la expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme, lo cual hace procedente una indemnización para la parte afectada que será fijada por el juez o tribunal. Se señala que son causas de utilidad pública que permiten tal expropiación el temor fundado de guerra, el quebranto de la integridad del territorio nacional y el “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”. La declaración de concurrencia de alguna de estas causas debe efectuarse durante el período de cumplimiento voluntario, esto es, dos meses a partir de que se comunica la sentencia.

---

<sup>475</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, en nota 439, pp. 13-14.

f. Por último, el artículo 113 de la Ley española de 1998 prevé un mecanismo de ejecución especial respecto de *acuerdos* que hayan celebrado la Administración y los administrados para poner fin a un proceso.

Para entender debidamente el alcance del artículo 113, es necesario remitirse a la disposición del artículo 77, que transcribimos:

“Artículo 77.

“1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

“Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

“2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

“3. Si las partes llegarán a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros”.

Como puede observarse, se admite la *transacción* en el proceso contencioso administrativo y, aun más, el acuerdo que pone fin a la controversia es susceptible de *ejecutarse forzosamente mediante mecanismos jurisdiccionales*, como se desprende claramente del artículo 113:

“Artículo 113.

“1. Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

“2. Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa”.

La correlación que guardan el artículo 71 y el 113 permite afirmar que el acuerdo que celebran la Administración y el administrado demandante tienen la *fuerza de una sentencia*, en el sentido de que implícitamente se le dota al acuerdo de un carácter vinculante, con la estricta obligatoriedad consecuente. Además, es preciso indicar, según se desprende del párrafo tercero del artículo 71, que el auto por el cual el juez o tribunal dan por terminado el procedimiento en virtud de la transacción también supone, necesariamente, una aprobación de la legalidad del acuerdo. De este modo nada obsta a que el compromiso asumido por la Administración –cuya legalidad reconoce el juez o tribunal- sea llevado a efecto a través de un incidente de ejecución, sin necesidad de iniciar proceso alguno.

#### **IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES SOBRE LOS SISTEMAS ESTUDIADOS**

1. El estudio de los sistemas francés y español de ejecución de sentencias contencioso administrativas permite plantear una primera reflexión que advierte, por una parte, sobre la decisiva repercusión que tienen ciertas conceptualizaciones jurídicas en las consecuencias prácticas de un régimen jurídico, y por otra parte, sobre la relatividad de dichas conceptualizaciones.

En efecto, el Derecho procesal administrativo francés tuvo por base conceptual a una particular interpretación del principio de división de poderes, la cual dio lugar, no sólo a una singular configuración del sistema de justicia administrativa, sino también a una definición limitativa del papel del Juez frente a la Administración. En lo que es pertinente al tema de este trabajo, es posible afirmar que la rigidez y rigurosidad de la interpretación francesa de aquél principio determinó que durante mucho tiempo el Juez de la Administración no tenga

facultades suficientes para hacer eficaces sus sentencias y, por ende, para satisfacer en términos prácticos las pretensiones del administrado. Al respecto, son muy interesantes las consideraciones de Rivero, que destaca una época en la cual el Consejo de Estado se muestra más preocupado por la erudición jurídica que por las consecuencias prácticas de sus sentencias. Según Rivero, el Juez de la Administración se guiaba por el escrúpulo de no usurpar los poderes de la Administración activa, lo cual determina que se tenga una “relativa indiferencia” en relación con el demandante y una mayor interés por llenar, a través de la jurisprudencia, los vacíos legales.<sup>476</sup>

El mismo fenómeno se observa en España. Guardando las debidas distancias, pero al igual que en el Derecho francés, sucede que determinadas bases conceptuales producen el efecto de condicionar severamente la eficacia de las sentencias de los jueces y tribunales. Como pudo observarse en el análisis respectivo, el Derecho procesal administrativo español transita por varias etapas que reflejan una idea precisa de la relación del Juez frente a la Administración. Bien sea considerado el proceso contencioso administrativo como una esfera que corresponde al “poder administrador” –la idea de que “juzgar a la Administración es parte de la tarea de administrar” o la distinción entre fase gubernativa y contenciosa son muestra de ello- o bien se encargue al poder judicial la competencia de resolver controversias contencioso administrativas, el resultado práctico que hemos podido observar es la definición de una relación, no de autoridad, sino de *colaboración* entre el juzgador y la Administración al momento de ejecutar las sentencias.<sup>477</sup> En suma, el protagonismo del juzgador en la ejecución de sentencias fue durante mucho tiempo mínimo –o por lo menos, insuficiente- al establecerse que es competencia propia de Administración ejecutar las sentencias que le son adversas. Nuevamente el principio de división de

---

<sup>476</sup> Rivero, Jean, *op. cit.*, en nota 355, pp. 243-248.

<sup>477</sup> Luego del análisis que hemos hecho sobre el sistema español de ejecución de sentencias, es posible suscribir la acertada calificación de Isaac Martín Delgado: la relación entre el juez y la Administración fue durante mucho tiempo de *colaboración necesaria* para ejecutar las sentencias. Ello define la falta de protagonismo del juez en la tarea de la ejecución y su falta de autoridad frente a la Administración. Véase, Martín Delgado Isaac, *op. cit.*, en nota 316, pp. 84-88.

poderes –interpretado “a la española”, sin dejar de advertirse la influencia francesa- dotará a la Administración de esferas de inmunidad que le resguardan de los efectos de las sentencias adversas.

No obstante, consideramos que el principio de división de poderes se conjugó también con otras ideas que contribuyeron, en conjunto, a permitir las prerrogativas de que gozó la Administración. Luego del análisis que antecede me atrevería a afirmar que estuvo también presente en España y en Francia una cierta noción de “interés general” que justificó dogmáticamente los privilegios de la Administración en relación con la ejecución de las sentencias. El “interés general” –o lo que se entendió por tal- fue la patente de corso que justificó el sacrificio de las pretensiones del administrado demandante, incluso haciendo excepción al derecho declarado en la sentencia. En esta noción de “interés general” parece que no tienen un debido lugar los derechos del administrado. Aseguran estas afirmaciones el testimonio que brindan las posteriores transformaciones del sistema español y francés, pues de un sistema tibio de ejecución de sentencias se trasciende a medidas más enérgicas y eficaces. Estas transformaciones necesariamente suponen un *replanteamiento*, no sólo del principio de división de poderes, sino también de la noción del interés general.

Efectivamente, como se dijo al principio, la relatividad de las bases conceptuales de los sistemas español y francés se demuestra con las profundas reformas que traen consigo la Constitución española de 1978, la Ley española Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 y la Ley francesa de febrero de 1995. Dicha relatividad se manifiesta por la redefinición conceptual que dichos instrumentos normativos implican.

El principio de división de poderes o la noción del “interés general” bien pudieron tener una explicación en las situaciones y circunstancias políticas y sociales que los legisladores francés y español enfrentaron en precisos momentos de la historia. No obstante, una sociedad que evoluciona y avanza en el tiempo ejerce fuerte presión sobre los dogmas y construcciones jurídicas, por más eruditas que parezcan. En suma, las realidades sociales se resisten a una suerte de “petrificación” o “fosilización” del pensamiento jurídico y demandan nuevas

soluciones que atiendan a las problemáticas y necesidades contemporáneas. El moderno legislador francés y español han sabido apreciar que, si bien ciertas bases conceptuales tienen aspectos válidos para la construcción de un orden jurídico, las interpretaciones de algunos postulados y nociones son susceptibles de revisarse y de redefinirse, en suma, que son relativas y cuestionables.

Adelantándonos a lo que se dirá en el próximo capítulo, el principio de división de poderes –o mejor dicho, de división de funciones- no puede entenderse como un dogma que limite la aplicación práctica de los principios de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública, que se expresan al momento en que la Administración –voluntariamente o coaccionada por el Juez- cumple con el derecho declarado en la sentencia. Los principios sobre los que se sustenta el Estado de Derecho constituyen un sistema que no admite la prevalencia de un postulado sobre los otros, todo lo contrario, dichos principios deben conjugarse en una relación armónica y coherente.

Respecto de aquella noción nebulosa de “interés general” –que nadie sabía en qué consiste o en dónde está, y que definida de modo autoritario puede ser capaz de sacrificar los derechos del ciudadano- puede observarse también una redefinición dada, ante todo, por la nueva visión del valor normativo de la Constitución y de la eficacia directa de los derechos fundamentales. Durante mucho tiempo la Constitución no pasó de ser un catálogo programático de normas, pero en tiempos contemporáneos las disposiciones constitucionales son de aplicación inmediata y directa. Por su parte, los derechos fundamentales y el sistema de garantías son ahora, no sólo un límite a la acción de la autoridad administrativa, sino también un componente del interés general. Es por ello que en el siglo XXI no cabe plantearse una absoluta dicotomía entre una suerte de “altruismo” que representa la Administración Pública –real o supuesto garante del “interés general”- y el “egoísmo” que representa el particular. Todo lo contrario, las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales permiten apreciar que la autoridad administrativa sirve y debe servir a aquellos bienes y valores que jurídicamente se expresan en dichos derechos, los cuales constituyen medios necesarios para el perfeccionamiento material y moral que se deriva de la

naturaleza de la persona. Un interés general de rostro humano y no la autoritariamente coloreada noción de aquél son lo que caracteriza al Derecho Administrativo y Procesal Administrativo de nuestro tiempo.

2. En el caso de México, hemos podido observar que, en un inicio, existió lo que llamamos una “justicia administrativa desvencijada”, ya que los órganos jurisdiccionales que juzgaban a la Administración Pública carecían de facultades para hacer cumplir sus fallos. El demandante vencedor, en términos rigurosamente prácticos, no tenía en sus manos más que una sentencia declarativa, pues debía acudir al amparo para que la autoridad vencida cumpla con la sentencia.<sup>478</sup> Esta situación, que pugna con los valores constitucionales de una justicia expedita y de un cumplimiento eficaz de los fallos judiciales (artículo 17 de la CPEUM), se explica por la pretensión de dotar a la Administración de un ámbito de autonomía para llevar a efecto lo que le es adverso, concesión ésta que, sin duda, constituye un privilegio que, correlativamente, implica el retraso injustificado en la satisfacción del derecho del contribuyente o del administrado.

La vigente LFPCA, indudablemente, constituye un avance importante en el tema de la ejecución de las sentencias adversas a la Administración Pública. Sin embargo, las soluciones que implementa son insuficientes, e incluso, poco prácticas.<sup>479</sup> El solo hecho de que los medios de presión que contempla se dirijan en contra de la persona del funcionario o del superior jerárquico y no en contra de

---

<sup>478</sup> Antes de la entrada en vigencia de la LFPCA, la doctrina mexicana mantuvo el debate de si el Tribunal Fiscal de la Federación –en su momento- o el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa –posteriormente- eran tribunales de mera anulación o de plena jurisdicción. Esto, precisamente, por la falta de competencia de dichos órganos para hacer cumplir con sus sentencias. Sin necesidad de tomar postura en el tema de este antiguo debate teórico, simplemente es fácil advertir, *en términos estrictamente prácticos y realistas*, que un tribunal que no puede ejecutar sus fallos solamente dicta sentencias declarativas, bien sean de anulación de un acto, bien sean de anulación y de reconocimiento de un derecho.

<sup>479</sup> En el próximo capítulo tendremos la oportunidad de analizar estas medidas y su practicidad. En este lugar diremos que las multas coercitivas que se imponen al funcionario o al superior jerárquico, o bien, las sanciones administrativas o penales, se tropiezan con los problemas del procedimiento burocrático y esto las hace poco prácticas. En un entramado complejo de trámites administrativos, tupido como ningún otro, en los cuales participan múltiples dependencias y oficinas, ¿cómo saber a ciencia cierta quién es el responsable del incumplimiento de la sentencia? Por otra parte, encerrar en la cárcel al funcionario incumplidor –siempre que se logre averiguar quién es, o haya voluntad para hacerlo- o imponerle una multa o una sanción disciplinaria ¿satisface el derecho del administrado? ¿Acaso este derecho se satisface con un funcionario preso, destituido o multado?

la propia Administración Pública como institución, reflejan de por sí las prerrogativas que se le conceden a ésta última y los resguardos que mantiene al momento de ejecutar las sentencias adversas. La técnica de la LFPCA se inspira en las *astreintes* francesas, pero con la gran diferencia de que en Francia la multa coercitiva se impone a la Administración, y en México al funcionario. Esta diferencia marca, a sí mismo, una gran distancia entre Francia y México en lo relacionado con la ejecución de las sentencias contencioso administrativas.

Es posible afirmar, por tanto, que el sistema vigente de ejecución de sentencias adversas a la Administración no satisface plenamente aquel principio del artículo 17 constitucional, en cuanto exige que la justicia se administre de forma expedita y efectiva y que las sentencias de los tribunales tengan plena ejecución. La Constitución mexicana impone todavía un reto para el legislador mexicano; un reto que todavía no se atreve a enfrentar en lo que se refiere al proceso contencioso administrativo.

3. Ecuador tiene una legislación más severa que la mexicana en lo que se refiere a la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública. No obstante, el ordenamiento ecuatoriano adolece de un escaso rigor técnico jurídico y de graves vacíos normativos que llegan a producir problemas prácticos.

La LJCA –que reconoce la competencia de la Administración para ejecutar los fallos que les son adversos, en mengua de las facultades naturales del Juez– pretende solucionar el tema del cumplimiento forzoso de las sentencias contencioso administrativas con el expediente simplista de remitirse, sin más, a las normas del CPC. En ningún momento el Legislador ecuatoriano ha sido capaz de analizar el ámbito natural de dicho Código y se cree que tal normativa es apta para enfrentar problemas específicos de la materia pública. ¿Se ejecuta igual una sentencia que anula un contrato –o en general, un acto privado– que una que anula un acto administrativo? ¿Es equivalente el modo de ejecución de la sentencia que obliga acatar una promesa de compraventa que aquella que exige emitir un acto a la Administración? Fácil es imaginar los problemas que deben enfrentar los tribunales ecuatorianos al momento de ejecutar sus fallos, porque un cómodo legislador, que no ha sabido cumplir su función constitucional de diseñar

un sistema jurídico apropiado, simplemente cree que basta la remisión a una normativa dictada específicamente para materias civiles.

El CPC puede auxiliar al Juez administrativo en concretos asuntos, como la ejecución de sentencias pecuniarias o el cumplimiento de disposiciones judiciales que versen sobre la entrega de una cosa. Sin embargo, como dije en su oportunidad, dicho Código no autoriza al Juez para dictar actos administrativos frente al incumplimiento de la Administración, ni tampoco existe venia legal para que el juzgador sustituya a la autoridad administrativa rebelde que, a la sazón, tiene en sus manos la competencia de ejecutar los fallos que le afectan. Es necesario, por tanto, que se implementen técnicas apropiadas para forzar a la Administración Pública ecuatoriana a acatar los fallos que implican emitir actos administrativos o corregir las consecuencias de su obrar ilícito.

En estos concretos aspectos, constituye un ejemplo para el legislador ecuatoriano la moderna Ley española de 1998, que ha sabido derogar el aberrante privilegio administrativo de la auto ejecución. Considerando la idiosincrasia de la autoridad administrativa ecuatoriana, la cual debe ser disciplinada de un modo estricto, es necesario que se implementen medidas que permitan al juez dictar providencias que equivalgan en sus efectos al acto administrativo –como el registro del fallo en un registro público, por ejemplo- o bien, de no ser posible este arbitrio, acudir a otras administraciones públicas o a terceros para que el administrado cuente con un acto que satisfaga sus derechos. La Ley española de 1998 lo ha implementado, y opinamos que se trata de un modelo que en sus fundamentos debería ser considerado por el legislador ecuatoriano, mucho más aun, por la rebeldía o desesperantes demoras que caracterizan a la Administración Pública ecuatoriana.

Especial mención merece el método de acudir a las sanciones penales, sin dejar de mencionar a las civiles y administrativas. Particularmente el CT, como pudimos ver, acude a la fantasía de que tales medios de coerción aplicados al funcionario evitan el incumplimiento de las sentencias de los jueces tributarios. Simplemente reiteramos lo dicho en su momento: al contribuyente le interesa que

se respete su derecho y se lo haga efectivo, no que el funcionario se encuentre privado de su libertad.

A pesar de las deficiencias del sistema ecuatoriano, no deben pasarse por alto las innovaciones del recientemente publicado Código Orgánico de la Función Judicial. Es significativo el avance que supone la implementación de la técnica francesa de las *astreintes*. Este mecanismo de coerción, dada la novedad del Código, todavía no ha sido probado en los hechos en Ecuador, pero es de esperarse que compela de modo más eficaz a la autoridad pública incumplidora de las sentencias judiciales.

Es necesario advertir, por último, que la Constitución ecuatoriana de 2008 –al igual que su antecesora de 1998- reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, además de que, en general, pone mucho énfasis –incluso con retóricas y lirismos- en el propósito de lograr la vigencia inmediata y práctica de todos los derechos fundamentales. Estos postulados pugnan directamente con cualquier privilegio administrativo que se traduzca en el autoritarismo y en la arbitrariedad, y por tanto, obligan al Legislador ecuatoriano a diseñar un sistema suficiente, práctico y eficaz para la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública. De no existir mecanismos técnicos que favorezcan el cumplimiento de los preceptos constitucionales, estos quedarán en Ecuador como meras formulaciones ideológicas, tal vez muy particulares de algún gobierno.

4. El análisis y las comparaciones que anteceden permiten observar el retraso que tienen los sistemas ecuatoriano y mexicano en el tema de ejecución de las sentencias contencioso administrativas y en el cumplimiento de los mandatos constitucionales que rigen sobre la materia. Los nuevos paradigmas del proceso contencioso administrativo todavía están lejos de implementarse en México y en Ecuador, que continúan resguardando, como negativa consecuencia, la irresponsabilidad de la Administración Pública.

Para superar estos inconvenientes y trascender hacia una justicia administrativa verdadera es necesario replantearse los viejos dogmas de antaño, eliminar las cuestionables prerrogativas de que goza la Administración Pública, y hacer vivos en el proceso contencioso administrativo la tutela de los derechos del

administrado y el principio de subordinación al Derecho, cuya necesaria consecuencia es la responsabilidad pública. En suma, es necesario que el proceso contencioso administrativo ecuatoriano y mexicano sean instrumento que cumpla y haga cumplir las disposiciones constitucionales que definen a México y a Ecuador como estados de derecho.

Insisto nuevamente que las constituciones mexicana y ecuatoriana imponen a los legisladores de cada país un reto que todavía no se atreven a enfrentar.

## CAPÍTULO SEXTO

### LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PROBLEMÁTICA DE SU EJECUCIÓN

#### I. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS LIMITACIONES DOGMÁTICAS AL PODER EJECUTIVO DE LA JURISDICCIÓN

¿Puede admitirse la existencia de *dogmas* en el Derecho? ¿Es posible que el ordenamiento jurídico pueda regular la conducta humana en base a *fantasías*?<sup>480</sup> El Derecho, como observa Dabin, no es *dado*, sino *construido*, de tal modo que las bases de su método radican en la *técnica*, y no en la especulación.<sup>481</sup> Estas características permiten contestar con una rotunda negativa a las preguntas inicialmente formuladas. El Derecho, regla de conducta, es una obra humana que se *construye y diseña* para lograr un orden en la convivencia social y guiar al conglomerado humano a la realización de los fines que persigue la sociedad política. La regla de conducta se elabora con la guía de la *prudencia*, y es susceptible de variar según diversos elementos sociológicos, antropológicos, históricos o políticos. Pero además, aquella regla de la *prudencia* –razón práctica que discierne concretamente las cosas que han de hacerse, las decisiones que debe tomarse y las actitudes a adoptar-<sup>482</sup> pugna, como es evidente, con la *fantasía*, con la falta de *realismo*, los cuales, por sus propios esquemas, están en

---

<sup>480</sup> Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (*op. cit.*, en nota 265, t. I, p. 844) la palabra *dogma* tiene tres acepciones: “Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia”; “Doctrina de Dios revelada por Jesucristo a los hombres y testificada por la Iglesia”; y, “Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión”. Por su parte, la palabra *fantasía*, según las pertinentes acepciones que presenta el Diccionario antes citado (*ibidem*, p. 1039), es “Facultad que tiene el ánimo de reproducir por medio de imágenes las cosas pasadas o lejanas, de representar las ideales en forma sensible o de idealizar las reales”; y, “Ficción, cuento, novela o pensamiento elevado e ingenioso”.

<sup>481</sup> “Una cosa es ‘*dada*’ cuando existe como objeto aparte de toda actividad productora del hombre: así Dios, la naturaleza, los seres humanos y sus relaciones, los acontecimientos de la historia... Una cosa es ‘*construida*’ cuando es fabricada o producida por el hombre: una casa, un poema, un razonamiento, el Estado belga o el francés”. Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 25, pp. 149-150.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 151.

capacidad de producir soluciones no acordes con las *realidades*, es decir, resultados *imprudentes*.

En el concreto tema de la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, muchos dogmas y fantasías rodean a la falta de efectividad en el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Debe advertirse, no obstante, que algunos de dichos dogmas resultan de una interpretación muy particular –incluso circunstancial- de aspectos válidos de ciertos principios.

A continuación formularé algunas ideas y comentarios sobre aquellas limitaciones injustificadas que se imponen a los poderes de ejecución del Juez.

### **1. El culto a una interpretación sui géneris del principio de “división de poderes”**

En el capítulo anterior se observó que una particular interpretación del principio de división de funciones –que se conoce por la equívoca denominación de principio de “división” o de “separación de poderes”- determinó una precisa configuración de la relación entre el Juez y la Administración. En la concreta cuestión de la ejecución de sentencias adversas a la Administración, a guisa de división de funciones, se considera que el Juez no tiene facultades para constreñir o sancionar a la autoridad administrativa, y por tanto, se estableció que la competencia para ejecutar las sentencias adversas es propia y exclusiva de la Administración condenada. Sin embargo, la evolución de los sistemas que estudiamos en el capítulo anterior también evidencia un replanteamiento de dichos cimientos teóricos, hasta llegar a resultados que, en ciertos aspectos, pugnan con su conceptualización original. En la actualidad, los sistemas francés y español muestran sistemas de ejecución de sentencias que reivindican el papel del Juez en el cometido de hacer efectivos sus fallos.

Debemos resaltar que aquel replanteamiento de ciertos postulados teóricos es, precisamente, el que permite delinear y establecer un sistema más eficaz de ejecución de sentencias adversas a la Administración. La nueva base teórica de este sistema de ninguna manera supone la derogatoria del principio de división de

funciones, sino que implica una reflexión sobre los aspectos válidos de tal principio y una crítica a ciertas interpretaciones o consecuencias que se han deducido de aquél.

El principio de división de funciones, sin duda, es fundamental para el diseño constitucional de un Estado de Derecho. Como se dijo en el capítulo primero, la concentración de las funciones constitucionales en un solo órgano o persona permite la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder público. Este ambiente de omnipotencia permite el desafuero y es tolerante con la violación de los derechos de los ciudadanos. Por el contrario, la división de funciones entre distintos órganos constitucionales, sumada a una equilibrada independencia y mutua colaboración entre ellos, constituye una garantía que evita la incontinencia en el ejercicio del poder público y que favorece a la tutela y eficacia de los derechos de las personas.<sup>483</sup>

Dentro del esquema que propone el principio de división de funciones, es válido apreciar que el Juez siempre debe hablar en nombre del Derecho, que no le compete hacer política o administración, actividades que siempre las harán mejor los políticos o los administradores. Esta limitación de las facultades del Juez se debe, no únicamente al propósito de lograr un equilibrio y moderación en el ejercicio del poder público, sino, aun más, a la apreciación del *método propio de actuación que la jurisdicción tiene, y sobre todo, por la misión constitucional que se encomienda a los jueces*.<sup>484</sup> Como dije en el capítulo primero al tratar sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, la jurisdicción cumple el papel fundamental de

---

<sup>483</sup> Véase, *supra* capítulo primero, número I, acápite 1.

<sup>484</sup> *Cfr.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 44, p. 590. Los autores citados expresan: “El juez contencioso-administrativo no puede hablar más que en nombre del derecho y, por consiguiente, no puede pretender, en modo alguno sustituir en todas sus atribuciones a los órganos políticos con ocasión de su control. Si tal hiciese excedería notoriamente sus atribuciones constitucionales y usurparía las atribuciones legítimas de las instancias políticas, aparte de no constituir propiamente ninguna garantía, pues la gestión política la harán siempre mejor los políticos que los jueces. Lo que el juez puede y debe hacer es mantener la observancia de la Ley y del Derecho en la actuación de esas instancias políticas. Éstas tienen todas sus atribuciones para ser ejercidas ‘con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’ y ese ejercicio no puede justificar, por tanto, en ningún caso, una infracción al ordenamiento. Según el sistema constitucional no hay ‘razón de Estado’ capaz de justificar un quebrantamiento del derecho”.

hacer realidad el ordenamiento jurídico diseñado de modo abstracto por el legislador, función que implica, junto a la realización del orden y de la justicia, una labor que completa el ordenamiento. Esta función constitucional, en razón de su cometido esencial, se somete a un preciso régimen jurídico, nacido en primer término de la Constitución, que impone a los jueces las calidades de independencia, imparcialidad y apego al ordenamiento jurídico.<sup>485</sup>

Planteados del modo antes expuesto, tanto los aspectos válidos del principio de división de funciones, como la misión constitucional propia del Juez, considero que el significado propio de dichos principio y misión no autoriza a concluir que el Juez soporte la prohibición de dirigir disposiciones a la Administración, de sancionarla o de constreñirla para lograr el cabal cumplimiento de una sentencia. El principio de división de funciones propugna, en suma y en esencia, un postulado de moderación en el desempeño de la autoridad y del poder público, pero de ningún modo permite el privilegio de la Administración de obstar el desempeño judicial cuando se establece que ha incumplido una sentencia.

Al contrario de lo que pudiera pensarse, tolerar la limitación de las facultades ejecutivas del Juez frente a una Administración incumplidora, comporta un atentado en toda regla contra el principio de división de funciones. La Administración incumplidora, en buena lógica, se encontraría *obstaculizando la función constitucional del Juez*, que es decir el Derecho y establecer la regla de conducta a la que necesariamente debe someterse la Administración. Como destaca con agudeza Tomás Hutchinson:

“¿Qué es lo que ocurre con las reglas constitucionales que se refieren a los poderes especialmente al Ejecutivo y al Judicial cuando la administración incumple una sentencia? Cabe partir del principio que el cumplimiento de una sentencia significa: en primer lugar el sometimiento pleno a la ley y al derecho –el sometimiento del Estado a la ley en caso de conflicto debe traducirse en el cumplimiento de la sentencia, que es la interpretación definitiva del ordenamiento jurídico-. El incumplimiento constituye una fractura en la Constitución (rompe las reglas del

---

<sup>485</sup> Véase, *supra* capítulo primero, número III, acápite 1.

juego constitucional). Si la autoridad administrativa ha sido quien ha incumplido voluntariamente la sentencia no estaríamos ante un caso de intromisión judicial en las operaciones de la administración, sino en el supuesto inverso: *en la intromisión de la administración en la ejecución de un acto del poder judicial*.<sup>486</sup>

En sentido similar, Miguel Beltrán de Felipe destaca la quiebra del equilibrio constitucional que supone la inejecución de las sentencias adversas a la Administración Pública:

“[...] uno de los elementos característicos de la posición constitucional de la Administración es su ‘sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico’ (art. 9.1 CE) –y también su ‘sometimiento pleno a la ley y al Derecho’ (art. 103.1 CE)-, entonces el cumplimiento de las resoluciones judiciales (art. 118 CE) es una de las vertientes de dicho sometimiento (puesto que en la sentencia se contiene la interpretación definitiva de la ley y por tanto también la resolución irrevocable del conflicto planteado). Por consiguiente me parece que no es aventurado afirmar que el cumplimiento por la Administración de las sentencias es uno de los puntos de equilibrio –cuando no el más importante- de las relaciones entre aquella y el poder judicial (en realidad se trataría de un punto de equilibrio de todo el sistema constitucional si, como veremos inmediatamente, por medio de la sentencia se garantiza la aplicación de la ley o del principio de legalidad de la Administración)”.<sup>487</sup>

Si se parte del propósito fundamental que persigue la división de funciones, es perfectamente válido afirmar que el Juez, *en ejercicio de su función propia, respetando su específico método de actuación, y siempre en nombre del Derecho,*

---

<sup>486</sup> Hutchinson, Tomás, “La Ejecución de Sentencias contra el Estado en Argentina”, en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (Coord.), *Contencioso Administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 162.

<sup>487</sup> Beltrán de Felipe, Miguel, *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Civitas, 1995, pp. 173-174. El autor cita distintas disposiciones de la Constitución española, pero los mismos principios y conceptos, en su esencia, se encuentran en las constituciones de México y de Ecuador, concretamente, en el artículo 17 de la CPEUM y en los artículos 75 y 169 de la CPRE.

puede constreñir a que la Administración Pública encauce su obrar según lo que dispone el ordenamiento jurídico, aun mediante el uso de arbitrios judiciales que se dirijan a lograr la ejecución de sentencias. Aquí no existe interferencia ilícita en la función administrativa, sino el esfuerzo válido por hacer *efectivo el principio de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública*, que al igual que el principio de división de funciones, *configuran el Estado de Derecho como un sistema acabado y completo de garantías*.

Por otra parte, es preciso destacar que aquella creencia que, a guisa de división de funciones, plantea que el Juez no puede dirigir órdenes a la Administración o constreñirla eficazmente al cumplimiento de las sentencias, termina dejando de lado la *necesaria armonía y complementariedad que existe entre el principio de división de funciones, el de subordinación al Derecho y el de responsabilidad pública*. De igual modo, este dogma deja sin solución la necesidad de que cada órgano constitucional, dentro de su esfera de competencias, *ejerza un mutuo control respecto de los demás*, precisamente, para evitar el abuso del poder y la arbitrariedad, de tal modo que se mantengan vigentes y eficaces todos los principios, que como un sistema, constituyen el Estado de Derecho. Aun más, el culto al dogma termina, incluso, olvidando que existen los postulados de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública, al tolerar injustificadamente que la Administración *persista en las ilegalidades que advirtió el Juez*.<sup>488</sup>

Por el contrario, una conceptualización adecuada del principio de división de funciones, que parte de un análisis de su propósito fundamental y de las garantías que encierra, es coherente con todos los postulados del Estado de Derecho. Este *replanteamiento*, que critica y rechaza interpretaciones exageradas, no sólo que

---

<sup>488</sup> Como bien lo observó el *Premier Ministre* Michel Rocard en su circular de 13 de octubre de 1988, el incumplimiento de las sentencias dictadas por los jueces administrativos comporta un atentado contra la democracia y el Estado de Derecho; un atentado que mina la autoridad del juez y provoca que los ciudadanos desesperen de la justicia: « Tout défaut d'exécution, tout retard mis à la exécution, tout exécution incomplète ou incorrecte, par une collectivité publique, d'une décision de la justice administrative sont des offenses à l'Etat de droit. Minant l'autorité du juge, ils peuvent conduire les citoyens à désespérer de la justice ». République Française, *Journal Officiel*, [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19881015&numTexte=&pageDebut=13008&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19881015&numTexte=&pageDebut=13008&pageFin=).

favorece a un sistema eficaz de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública, sino que también lo justifica y favorece. Por el contrario, aquella particular interpretación de que la división de funciones implica una suerte de *separación* absoluta entre órganos independientes y soberanos –tal como la doctrina de la Revolución Francesa plantearía- muestra su incapacidad de adecuarse con los principios de subordinación al derecho y de responsabilidad pública, que deben verse concretados en el acatamiento de las sentencias judiciales. Lo cierto es que tal interpretación del principio de división de poderes – además de impracticable, como en el capítulo primero se dijo- provoca resultados negativos, incluso, en relación con el significado último del Estado de Derecho: la proscripción de la arbitrariedad y el eficaz goce y ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

## **2. El dogma de la inembargabilidad absoluta de bienes públicos**

La eficaz ejecución de sentencias pecuniarias adversas a la Administración Pública tropieza también con una interpretación particular y exagerada de principios jurídicos válidos. En la precisa temática de la ejecución de sentencias pecuniarias, el régimen jurídico del dominio público y las normas que regulan los bienes que son de propiedad de las personas y entidades públicas, *en virtud de concepciones susceptibles de crítica y replanteamiento*, se han constituido en un obstáculo, no sólo a la plena eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también a la aplicación cabal del principio de responsabilidad pública.

Como ya se indicó en el capítulo anterior, existen bienes que están destinados a la utilidad común y a la satisfacción de necesidades que son, en forma mediata o inmediata, de interés público.<sup>489</sup>

“La existencia del dominio público se basa en el hecho incontestable de que la vida en comunidad sería prácticamente imposible si no existieran esos bienes que

---

<sup>489</sup> Escola, Héctor, *op. cit.*, en nota 329, pp. 202-203.

pertenecen a todos, que todos pueden utilizar, y que están afectados al cumplimiento de finalidades de interés público que, de otra manera, no podrían llevarse a cabo".<sup>490</sup>

Estas particulares características de los bienes que componen el dominio público justifica el especial régimen jurídico que los rige, y las propiedades de imprescriptibles e inalienables que los particularizan. En los ordenamientos jurídicos de México y de Ecuador, expresas disposiciones constitucionales y legales tutelan el interés público y la utilidad común que subyacen al régimen jurídico aplicable a los bienes de uso público (como las calles, las plazas, los monumentos históricos, el espacio aéreo, etcétera); o a aquellos bienes estratégicos o de singular importancia económica (como los recursos naturales del subsuelo o las aguas); o en fin, aquellos bienes que se destinan al servicio público, como es el caso de los trenes del metro, los hospitales públicos y sus equipos, los edificios oficiales, etcétera.

En los casos ejemplificados, indudablemente existe una limitación justa y razonable a la ejecución de sentencias pecuniarias adversas a la Administración. Sobre los bienes de uso público, como acertadamente se ha destacado, no puede admitirse la apropiación particular, pues están afectados al uso común,<sup>491</sup> y por consiguiente, en ningún caso podría dictarse orden de embargo a favor de un particular. En el caso de los bienes afectados al servicio público, cualquier medida de ejecución de sentencias que se les aplique, determinaría el entorpecimiento de la prestación del servicio, en perjuicio de la colectividad toda.

No obstante, también existen bienes del Estado que se rigen por principios del Derecho privado, o que perfectamente pueden incluirse en él. Es el caso, entre muchos otros, del vehículo de lujo destinado al uso de un alto funcionario, de las acciones que el Estado puede tener en empresas privadas de carácter mercantil, de las inversiones en negocios que persiguen fin de lucro, o bien, de aquellos

---

<sup>490</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>491</sup> Véase, Acosta Romero, Miguel, *Derecho Administrativo especial*, México, Porrúa, 2001, pp. 209-210 y 229-227. Granja Galindo, Nicolás, *op. cit.*, en nota 185, pp. 262-268.

complejos deportivos que suelen destinarse a la diversión de los burócratas. ¿Se trata de bienes de uso público o que se destinan a la satisfacción de necesidades de interés público? ¿Puede ser justificada una declaración legal de inembargabilidad e inalienabilidad, asimilando a dichos bienes a los de dominio público o a los que se destinan al servicio público, aun cuando en algunos casos dichos bienes signifiquen lujos o prebendas?

Lo cierto es que en la legislación mexicana y ecuatoriana existen disposiciones que, explícita o implícitamente, declaran o hacen deducir claramente la posibilidad de apropiación privada de ciertos bienes de propiedad de las entidades públicas que, por su naturaleza, no encuadran en el régimen jurídico de los bienes de uso público o de los que se afectan al servicio público. En México, es el caso de los bienes enumerados en el artículo 1 de la Ley Federal para la Administración o Enajenación de Bienes del Sector Público. En Ecuador, son aquellos bienes cuyo uso, según el criterio que emplea el artículo 604 del Código Civil, “no pertenece generalmente a los habitantes”.<sup>492</sup> De modo más claro y categórico, el artículo 254 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal del Ecuador establece una lista de bienes de dominio privado de las municipalidades y señala que aquéllos se administran “en condiciones económicas de mercado”.<sup>493</sup>

---

<sup>492</sup> El artículo citado dice:

“Art. 604.- Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

“Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

“Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.

<sup>493</sup> El artículo 254 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dice:

“Art. 254.- Son bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios municipales que son administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios del derecho privado.

“Constituyen bienes del dominio privado:

“a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público;

“b) Los bienes del activo de las empresas municipales que no prestan los servicios citados en el artículo precedente;

“c) Los bienes mostrencos situados dentro de las zonas de reserva para la expansión de las ciudades y centros poblados y, en general, los bienes vacantes, especialmente los caminos abandonados o rectificadas; y,

Por otra parte, es importante destacar que en el Derecho ecuatoriano las provincias y las municipalidades pueden vender, permutar y también hipotecar o dar en garantía de sus obligaciones bienes de dominio privado o rentas. Estas disposiciones nos permiten afirmar que si las entidades seccionales pueden disponer de sus bienes de dominio privado y de sus caudales en las operaciones y actividades económica y relaciones jurídicas en las que intervienen, no existe razón que justifique que los mismos bienes no puedan ser empleados para dar cumplimiento a una sentencia judicial.<sup>494</sup>

Especial referencia merece el dinero público, que lo consideramos perfectamente embargable, como han observado García de Enterría, Cholbi Cachá y Merino Molins.<sup>495</sup> En efecto, estos últimos autores acertadamente indican:

---

“d) Las inversiones financieras que no estén formando parte de una empresa de servicio público, de las mencionadas en el artículo precedente, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros”.

<sup>494</sup> Los artículos 63 numeral 30, 272 y 275 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal disponen:

“Art. 63.- La acción del concejo está dirigida al cumplimiento de los fines del municipio, para lo cual tiene los siguientes deberes y atribuciones generales: [...]

“30. Acordar la venta, permuta o hipoteca de bienes del dominio privado, previas las autorizaciones legales del caso;

“Art. 272.- El concejo podrá acordar la venta, permuta o hipoteca de los bienes inmuebles de uso privado, o la venta, trueque o prenda de los bienes muebles, con el voto de los dos tercios de los ediles.

“Art. 275.- Sólo se procederá a la hipoteca de los bienes del dominio privado cuando sea necesario garantizar obligaciones propias de la municipalidad, contraídas de acuerdo con esta Ley”.

Por su parte, la Ley Orgánica de Régimen Provincial establece lo siguiente:

“Art. 29.- Son atribuciones y deberes del Consejo Provincial: [...]

“h) Contratar empréstitos, garantizándolos con sus rentas y bienes. Los contratos respectivos se tramitarán de acuerdo con la Ley, llenando todos los requisitos exigidos para el efecto, y tomando en cuenta los egresos que han de constar en las partidas presupuestarias respectivas, para atender al pago de amortización e intereses [...]

“Art. 67.- El Consejo podrá acordar la venta, permuta o hipoteca de sus bienes inmuebles, o la venta, trueque o prenda de los bienes muebles, con el voto de las dos terceras partes de los Consejeros y sujetándose a la Ley.

“Art. 70.- Solo se procederá a la hipoteca de los bienes del Consejo Provincial, cuando sea necesario garantizar obligaciones propias de la entidad, contraídas de acuerdo con la ley.

“Art. 71.- El Consejo Provincial podrá comprometer determinadas rentas en garantía de sus obligaciones, incluyendo las producidas por las obras que construya la entidad. En ningún caso cederá al acreedor el derecho de reclamar la renta afectada”.

<sup>495</sup> Véase, García de Enterría, Eduardo, en nota 439, pp. 13-14. Cholbi Cachá, Francisco y Merino Molins, Vicente, *op. cit.*, en nota 317, pp. 200-203.

“El dinero por el hecho de encontrarse en los presupuestos no goza de un concreto y específico destino público, ya que los caudales públicos han de ser considerados como bienes fungibles de carácter patrimonial y además no se encuentran afectados a los gastos, sino que se destinan a satisfacer el conjunto de las obligaciones de los Entes Públicos, salvo que una Ley establezca su afectación a un fin determinado”.<sup>496</sup>

La posibilidad del embargo de bienes de dominio privado y de caudales públicos debe admitirse, por una parte, como consecuencia del principio de responsabilidad pública, y por otra, por el hecho de que la Administración Pública participa activamente en la economía en colaboración con otros sujetos, frente a los cuales adquiere obligaciones.

En efecto, el dogma de la inembargabilidad de los bienes de dominio privado de la Administración o de sus dineros constituye, en toda regla, una excepción arbitraria y totalmente injustificada a la plena aplicación del *principio de responsabilidad pública* y del postulado de subordinación al Derecho. En virtud de estos principios, la Administración Pública debe asumir las obligaciones que se declaran en sentencia o las consecuencias de su conducta ilícita. Para estos efectos no existe razón de un supuesto “interés público” que sea óbice para que, en acatamiento de dichos principios del Estado de Derecho, la Administración asuma con específicos bienes el pago de una indemnización o la satisfacción de una prestación debida al ciudadano.

La sentencia adversa a la Administración Pública, además de constituir una declaración del Derecho, es concreción del mencionado principio de responsabilidad pública. Por ello, no cabe seguir obstaculizando la eficacia del fallo judicial con argumentos discutibles o con postulados que tienen aplicación válida para los bienes de uso público o bienes afectados al servicio público, pero de ningún modo respecto de los bienes patrimoniales de la Administración.

---

<sup>496</sup> *Ibidem*, p. 200.

Por otra parte, como destaca García de Enterría, el postulado que sostiene la inembargabilidad absoluta de bienes públicos y, en general, cualquier limitación que limite o retrase el pago de las obligaciones que soporta la Administración, constituye un privilegio injustificado que de ningún modo puede admitirse en una economía que funciona mediante el intercambio. Al respecto, el autor citado dice:

“[...] estos dogmas ya no existen precisamente por su *incompatibilidad radical con el mercado, porque no puede realizarse una economía de intercambio en que uno de los agentes económicos tenga la exorbitante facultad de convertir en facultativas sus obligaciones patrimoniales*, de modo que sólo a su arbitrio pueda pagarlas o no pagarlas, sin que exista modo eficaz de competir a su cumplimiento por la virtud vinculativa del pacto, o de la Ley o de la Sentencia [...].

“No hay economía posible con agentes económicos que pueden jugar a su albur, que nada puede obligar a cumplir sus compromisos, que tienen como facultad legal la de arruinar a cualquiera de los otros agentes [...], que son judicialmente incoercibles; unos agentes totalmente irresponsables, jugando en cuotas de mercado considerables, constituyen un riesgo serio de distorsión de éste”.<sup>497</sup>

## **II. ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNAS SOLUCIONES LEGALES DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS**

Al inicio de este capítulo dije que el Derecho no puede regular la conducta humana en base a dogmas. En este lugar agrego que tampoco lo puede hacer en base a fantasías, es decir, sin el debido contacto con la realidad.

Cuando se cree que la Administración debe conservar para sí el privilegio de ejecutar las sentencias que les son adversas, en desmedro de las funciones propias de los jueces, los sistemas jurídicos suelen acudir a ciertas medidas indirectas de presión que, analizadas desde un punto de vista práctico, muy pocas

---

<sup>497</sup> García de Enterría, Eduardo, “Sobre el Principio de Inembargabilidad, sus Derogaciones y sus Límites Constitucionales y sobre la Ejecución de Sentencias Condenatorias de la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 052, octubre diciembre de 1986, estudios, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

garantías ofrecen para el administrado y dejan mucho que desear sobre la eficacia de la sentencia.

### **1. La responsabilidad personal del funcionario**

Mediante esta técnica se procura el cumplimiento de la sentencia adversa a la Administración Pública a través del apremio económico o la sanción disciplinaria que se impone a la persona del funcionario correspondiente. En el capítulo anterior se pudo observar que este medio de ejecución se encuentra presente en las legislaciones ecuatoriana y mexicana.

Especial referencia merece el artículo 58 de la LFPCA de México, el cual, como en su momento se advirtió, únicamente prevé la constricción sobre las personas físicas, por medio de multas de apremio que se aplican al funcionario o del establecimiento de la responsabilidad disciplinaria que determinaría el superior jerárquico o la autoridad de control. El sistema mexicano sigue la técnica de las *astreintes* del Derecho francés, con la diferencia de que en este ordenamiento europeo la multa de apremio se aplica directamente al Estado o a la persona pública vencida en el juicio.

En mi opinión, la compulsión sobre el funcionario puede tener cierto efecto psicológico que favorecería al cumplimiento de las sentencias, pero establecer este expediente como única técnica de ejecución implica una confianza excesiva en un medio indirecto de ejecución del fallo, esto es, en un recurso que se agota en la compulsión sobre las personas físicas, y además, que ignora graves problemáticas de carácter práctico y que no asegura de modo directo, sin expedientes o procedimientos intermedios, el cabal cumplimiento del fallo por parte de la Administración Pública. Ello, sin dejar de apreciar que tras esta solución se esconde un privilegio injustificado que se concede a la institución u organización administrativa, la cual no estaría sometida a mecanismos de disuasión.

Cabe destacar, en primer término, que la responsabilidad personal del funcionario –pecuniaria o disciplinaria- podría ser eficaz en aquellos supuestos en

que sea perfectamente posible identificar al agente de quien depende, sin intermediarios, el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, la compleja estructura orgánica de la Administración Pública y los tupidos procedimientos que aplica permiten observar, en la práctica, que el cumplimiento de una sentencia – especialmente cuando impone una condena de dar o de hacer- puede estar sujeta a diversos trámites (informes, autorizaciones, dictámenes, etcétera) y estar a cargo de varias dependencias, agentes y funcionarios. En otros términos, no puede ignorarse ese enrevesado aparato administrativo y pretender que sea uno o unos pocos funcionarios los responsables de arbitrar las medidas necesarias para la plena ejecución de una sentencia adversa a la Administración Pública.

Ahora bien, en virtud de estas constataciones es posible formular una especial objeción a la técnica de ejecución a la que me refiero: si se trata de establecer la responsabilidad personal del funcionario, elementales principios de justicia exigen que se determine, de modo preciso, quiénes y en qué grado deben responder pecuniaria o disciplinariamente por el incumplimiento de la sentencia. La determinación de dichos sujetos, habida cuenta de las complejidades que he advertido, podría provocar la distracción del tema principal que es el cumplimiento del fallo, para derivarlo hacia la cuestión secundaria de la determinación de las responsabilidades personales.

En suma, la técnica de ejecución de sentencias mediante la compulsión sobre el funcionario público no atiende lo esencial, que es llevar a los hechos lo dispuesto por los juzgadores. Como acertadamente advierte Aurelio Guaita,

“[...] responsabilidad civil del funcionario, aun declarada, no quiere decir ejecución de sentencias; si no se adoptan otras medidas, ésta quedará tan inejecutada como antes, pues si no se obtiene más que una indemnización, lo que se ha hecho es inejecutar la sentencia; por ejemplo, si un funcionario es destituido, y debe ser repuesto a su cargo en virtud de sentencia firme, ¿quedará ésta ejecutada porque

se le indemnice por el infractor, o no será más bien necesario que se le reponga en su puesto?”<sup>498</sup>.

Similares reparos podrían hacerse al expediente de la sanción disciplinaria. En pocas palabras se puede afirmar que no se satisface el derecho del ciudadano vencedor en el proceso, así como tampoco se restablece el orden jurídico violado por la autoridad, con el simple arbitrio de imponerle al funcionario una multa o la separación del cargo. Por el contrario, se satisface el derecho del administrado y se repara el orden jurídico, justamente, obligando a la Administración Pública a cumplir con lo dispuesto en la sentencia y en los términos que en ella constan.

En lo que se refiere a la medida de requerir al superior jerárquico para que obligue a la autoridad demandada al acatamiento, y eventualmente sancionar a dicho superior por el incumplimiento, cabe la objeción de que no en todos los casos existirá un superior jerárquico, o en fin, un órgano con competencias suficientes de control sobre la autoridad llamada a cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Además, los mismos reparos antes expuestos caben para este mecanismo: no es un medio que asegure el cumplimiento cabal de lo que se ha dispuesto en la sentencia.

La técnica de la compulsión, mediante la figura de la *astreinte* del Derecho francés, debería aplicársele a la Administración Pública como entidad, sin perjuicio de que se sancione al funcionario que por dolo o negligencia haya violado su deber de acatar la sentencia. Este mecanismo se acomodaría a las características propias de la responsabilidad pública, que es objetiva y directa. De todos modos, la técnica de la *astreinte* o multa coercitiva tiene un carácter puramente disuasivo, de tal forma que coadyuva al cumplimiento de la sentencia, pero por sí misma no constituye la ejecución del fallo.

La técnica de la *astreinte* o multa coercitiva es útil para constreñir al cumplimiento de las sentencias adversas a la Administración Pública, siempre y cuando dicha multa se aplique directamente a la entidad administrativa de que se

---

<sup>498</sup> Guaita, Aurelio, *op. cit.*, en nota 418, p. 80.

trate. Aun así, no debe dejar de apreciarse que la *astreinte* es un mecanismo indirecto de ejecución, por lo cual también deben preverse otras soluciones más enérgicas que, ante todo, procuren el cumplimiento de la sentencia en los términos que establecieron los juzgadores. Sólo de esta manera se asegurará la satisfacción del derecho del administrado y la restauración del orden jurídico violado por la Administración Pública, objetivos estos que son los que guían al sistema de justicia administrativa.

En Ecuador y México se requieren de instrumentos que atiendan *directa e inmediatamente* a la ejecución de las sentencias en los términos especificados por los juzgadores, sin confiar demasiado en procedimientos intermedios, y menos aun, en la sola reconvención o censura que hacen los jueces u otros organismos públicos.<sup>499</sup> En definitiva, cabe afirmar que los medios indirectos de ejecución,

---

<sup>499</sup> En una reciente Recomendación No. 3/2009, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal ha verificado una preocupante situación de desobediencia a las sentencias judiciales:

“Las quejas que derivaron en la presente Recomendación se refieren a imputaciones en contra de diversas autoridades y/o dependencias u organismos descentralizados de la Administración Pública del Distrito Federal, que son omisos en el cumplimiento de resoluciones firmes de carácter jurisdiccional. Asimismo, se aludió que, a pesar de agotarse las medidas de apremio, para asegurar la observancia de tales resoluciones y tras largos procedimientos de ejecución, las autoridades y/o dependencias u organismos descentralizados responsables persisten en el incumplimiento de la condena o ésta fue atendida de manera parcial”. Véase, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Recomendación No. 3/2009, <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=reco0309>, p. 4. Véase también, Boletín de Prensa No. 93/2009 de 6 de abril de 2009, <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=bol9309>.

Luego de un extenso análisis sobre los derechos y normas jurídicas violadas por la ilegal conducta de varias autoridades, la Comisión termina recomendando lo que es evidente: que se cumpla con lo dispuesto en la sentencia y que se interponga todo arbitrio que fuere necesario para tal fin.

Es preciso indicar que no es nueva la situación de incumplimiento de sentencias en que han incurrido las autoridades administrativas del Distrito Federal y tampoco es nueva la intervención de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. En el año de 2007, la desobediencia de dichas autoridades administrativas provocó, incluso, un proyecto de “punto de acuerdo” que se sometió a conocimiento del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, extremo este al que se llegó porque las autoridades administrativas del Distrito Federal también hicieron caso omiso a la recomendación No. 17/2006 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Véase, [www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/202451/488911/file/punto\\_acuerdo\\_sobre\\_cumplimentacion\\_recomendacion.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/202451/488911/file/punto_acuerdo_sobre_cumplimentacion_recomendacion.pdf).

Es preciso insistir –sin dejar de calificar de laudable a la intervención de los organismos de derechos humanos- que los medios indirectos de ejecución de sentencias no cuajan en la cultura administrativa mexicana y tampoco en la ecuatoriana. Lastimosamente, debemos afirmar que son necesarios medios más enérgicos y terminantes, lo cual, como en su momento se expondrá, sólo

puramente compulsivos o disuasorios, no se compadecen con las características de la “cultura administrativa” de nuestros países.

## **2. La medida penal**

Es importante referirse también al intento de reforzar el cumplimiento de la sentencia con la amenaza de una sanción penal que se impondría al funcionario que se niegue a ejecutar una decisión jurisdiccional.

Acudir al expediente penal es solución que merece, por lo menos, un comentario pesimista sobre su eficacia, sin dejar de mencionar que puede plantearse una severa objeción. En primer término, vale preguntarse si siempre será razonable y prudente proceder por la vía penal, por ejemplo, en contra el Presidente de la República (ecuatoriano o mexicano) el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o el Alcalde de Quito, sin considerar las graves consecuencias que un posible encarcelamiento (en el muy poco probable caso de que llegue a darse) ocasionaría en la estabilidad política del país o de una región. Además, la solución penal en nada soluciona el problema de fondo: el encarcelar a un funcionario –en el evento harto dudoso que así se disponga- en nada hace honor al propósito de restaurar el orden jurídico violado y de respetar el derecho del administrado, que constituye lo que se reclamó en el proceso.

Independientemente de estas vicisitudes, debe tenerse presente que las exigencias que imponen los principios constitucionales de un régimen penal no hacen suficiente el señalamiento de un *presunto* responsable, sino que también deberá agotarse la prueba de la *culpabilidad*. Las mismas dificultades a las que nos referimos en el numeral anterior para criticar a la técnica de la responsabilidad del funcionario tienen aquí mayor peso: el funcionario *posiblemente* responsable, que goza de la garantía de presunción de inocencia, está inmerso en un complejo sistema de procedimientos administrativos, en el cual pueden haber interferido

---

podría lograrse si se elimina de una vez por todas el privilegio de la auto-ejecución de que goza la Administración Pública.

otras personas y dependencias para trabar, por dolo o negligencia, el cumplimiento de la sentencia. En el juicio penal, por elemental justicia, deberá investigarse sobre muchos aspectos, *según la lógica del Derecho Penal*. En virtud de todo ello, cabe afirmar e insistir en que es más expedito y conforme al asunto de fondo –esto es, que la Administración haga honor al derecho del ciudadano y al fallo que la condena- que sea el Estado, y no el funcionario, quien directa e inmediatamente responda por el cumplimiento de la sentencia, según *la lógica del Derecho Administrativo*. Será luego, una vez acatada la sentencia, cuando procedería la investigación de posibles faltas o delitos.

### **3. El mito de la indemnización por incumplimiento**

Uno de los principios que rigen el cumplimiento de las sentencias postula que éstas deben acatarse en sus propios términos, obedeciendo justamente lo que disponen, de tal modo que exista identidad total entre lo que se cumple y lo estatuido en el fallo.<sup>500</sup> En materia procesal administrativa, el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, además de que satisface el derecho del administrado declarado o reconocido por los jueces, también repara el orden jurídico violado por la actuación ilegal de la Administración Pública.

No obstante, como se analizó en el capítulo anterior, pueden existir vicisitudes que impidan el acatamiento del principio antes enunciado, de tal modo que sea preciso determinar un cumplimiento sustituto. En los ordenamientos de México y de Ecuador, se permite los tribunales adoptar una decisión alternativa a la originalmente adoptada cuando, de modo justificado y comprobado, exista imposibilidad de proceder a la ejecución de la sentencia en sus propios términos.<sup>501</sup> En el capítulo anterior se pudo apreciar que también que la citada norma no especifica que el cumplimiento sustituto consista necesariamente en una

---

<sup>500</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, en nota 53, pp. 1260-1262.

<sup>501</sup> Al respecto, me remito al análisis que en el capítulo anterior hice del literal f) de la fracción II del artículo 58 de la LFPCA y del artículo 63-B de la LJCA. *Supra*, capítulo quinto, número I, acápite 2, letra B.

indemnización dineraria, sino que perfectamente puede consistir en la determinación de una prestación más o menos similar a la dispuesta por la sentencia.

El cumplimiento sustituto, en cuanto implica una excepción al principio de ejecución de la sentencia en sus propios términos, sólo puede proceder por causas razonables, y ante todo, debe procurar que la Administración Pública atienda a sus obligaciones del modo más cercano que sea posible a la ejecución de la sentencia en su original sentido.

En virtud de estos parámetros, no puede sostenerse que el cumplimiento sustituto consista, de modo preciso y exclusivo, en una indemnización por responsabilidad de la Administración. Como señala Guaita:

“[...] en sí la responsabilidad de la Administración, aunque se haga efectiva, no entraña la ejecución de la sentencia, y con ello tiene la Administración un cómodo expediente para inexecutar las sentencias que le plazca, pues quizá en ciertos casos prefiera indemnizar y seguir desconociendo el derecho declarado por la sentencia a favor del demandante”.<sup>502</sup>

La indemnización dineraria no repara el derecho del administrado, ni restablece el ordenamiento jurídico transgredido. Incluso, puede afirmarse que, utilizado de modo abusivo, puede consistir en una forma cómoda que la Administración adoptaría para violar el ordenamiento jurídico o eludir su cumplimiento.

### **III. PROPUESTAS PARA DISEÑO DE UN MODELO EFICAZ DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ADVERSAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Hasta este momento, he expuesto diversas críticas al vigente sistema de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública, lo cual me ha

---

<sup>502</sup> Guaita, Aurelio, *op. cit.*, en nota 418, pp. 82-83.

permitido poner en evidencia, por una parte, la debilidad de la base doctrinaria que sustenta las limitaciones del poder ejecutivo de los jueces, y por otra parte, la insuficiencia de los mecanismos de ejecución previstos por las legislaciones mexicana y ecuatoriana.

A continuación, procederé a plantear algunas propuestas para la elaboración de un modelo eficaz de ejecución de sentencias contencioso administrativas, que constituiría una superación de las deficiencias que se han observado.

### **1. Reivindicación del poder ejecutivo de los jueces y tribunales frente a la Administración Pública**

La facultad de auto-ejecución de que goza la Administración Pública constituye un privilegio injustificado que desvirtúa la autoridad de los jueces y tribunales y que pugna con la obligatoriedad de las sentencias. Se trata de un privilegio, justamente, porque se tolera que sea la parte que ha sido derrotada en el proceso quien lleve a efecto la prestación o condena que a su cargo o en su contra se ha dispuesto en la sentencia. El riesgo que conlleva la auto-ejecución es fácil de apreciar y comprender, pues quien tiene en sus manos llevar a efecto algo que le es desfavorable, fácilmente podrá eludir su cumplimiento.<sup>503</sup>

La auto-ejecución constituye algo excepcional en el ordenamiento procesal, pues lo ordinario es que los jueces y tribunales tengan autoridad para hacer ejecutar lo juzgado, esto es, para llevar a efecto lo que han dispuesto en sus sentencias, incluso frente a la resistencia de la parte vencida. Esta excepcionalidad se puede apreciar en el artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, que no obstante indicar que dentro del

---

<sup>503</sup> Según Miguel Beltrán de Felipe, esta facultad de auto-ejecución constituye un residuo del sistema de jurisdicción retenida, pues dicha facultad restringe las potestades jurisdiccionales a favor de la Administración: “La ejecución no es pues una tarea, potestad o función jurisdiccional sino una competencia administrativa en la que al juez le está vedado entrar. En consecuencia, se puede afirmar que para la ejecución de las sentencias sigue vigente el sistema de jurisdicción retenida (la Administración se hace justicia a sí misma)”. Beltrán de Felipe, Miguel, *op. cit.*, en nota, 487, p. 68.

procedimiento judicial la autoridad pública tendrá “la misma situación que otra parte cualquiera”, no establece igual situación para efectos ejecutivos:

“ARTICULO 4º.- Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

“Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones.

“La intervención que, en diversos casos, ordena la ley que se dé al Ministerio Público, no tendrá lugar cuando, en el procedimiento, intervenga ya el Procurador General de la República o uno de sus Agentes, con cualquier carácter o representación”.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tal como establecen los artículos 150 del COFJ y 1 de la CPC, la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a los jueces y tribunales determinados por la Constitución y las leyes.<sup>504</sup> No obstante, continúa vigente el artículo 62 de la LJCA que establece una excepción a estos elementos propios de la jurisdicción, pues se otorga a la autoridad administrativa la facultad de ejecutar las sentencias que se dictan en su contra:

“Art. 62.- Las sentencias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se notificarán a las partes y se ejecutarán en la forma y términos que en el fallo se consignen, *bajo*

---

<sup>504</sup> COFJ:

“Art. 150.- JURISDICCION.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”.

Codificación del CPC:

“Art. 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”.

*la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda*” (Lo resaltado me pertenece).

Como ya advertí anteriormente, una particular interpretación del principio de división de funciones derivó hacia la opinión de que los jueces no tienen atribuciones para constreñir o sancionar a la autoridad administrativa, y por tanto, se estableció que la competencia para ejecutar las sentencias adversas es propia y exclusiva de la Administración condenada. Esta opinión, en la práctica, deriva hacia una vía de escape. Como manifiesta Aurelio Guaita:

“Queda, por último, un escape, pero *a posteriori*. El principio de separación de poderes, llevado a sus últimas consecuencias, permite sostener que en los actos y materias —que continúan siendo mayoría— en que la Administración no puede hurtarse a la revisión jurisdiccional, la ejecución de la sentencia debe corresponder a la Administración. De esta ejecución a la facultad de inejecutar no hay más que un paso [...]”.<sup>505</sup>

Sin embargo, como hemos manifestado en este capítulo, el principio de división de funciones —que se establece con el propósito de lograr un equilibrio y moderación en el ejercicio del poder público— no obsta para que el Juez, *en ejercicio de su función propia, respetando su específico método de actuación, y siempre en nombre del Derecho*, pueda constreñir a que la Administración Pública encauce su obrar según lo que dispone el ordenamiento jurídico, aun mediante el uso de arbitrios judiciales que se dirijan a lograr la ejecución de sentencias. Aquí no existe interferencia ilícita en la función administrativa, sino el esfuerzo válido por hacer *efectivo el principio de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública*, que al igual que el principio de división de funciones, *configuran el Estado de Derecho como un sistema acabado y completo de garantías*.

Superada la interpretación exagerada del principio de división de funciones que durante mucho tiempo predominó en la doctrina, lo más natural es que los

---

<sup>505</sup> Guaita, Aurelio, *op. cit.*, en nota 418, p. 60.

jueces y tribunales asuman la facultad de ejecución de sus sentencias frente a la Administración Pública, y que esta esté sometida a los mecanismos jurisdiccionales que le permitan, de modo directo e inmediato, cumplir con las disposiciones contenidas en las decisiones de los jueces.

Esta nueva visión de la misión del Juez frente a la Administración Pública, en cuanto pretende lograr la eficacia de las sentencias, tendría un fundamento adicional en el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto implica la plena efectividad de las sentencias judiciales, como se tuvo la oportunidad de resaltar en el capítulo primero de este trabajo cuando me referí al tema del régimen constitucional del proceso contencioso administrativo.

## ***2. Sustitución de la Administración Pública por el Juez o por un tercero para forzar el cumplimiento de la sentencia***

Entendemos por *sustitución judicial* a la subrogación de la Administración Pública por el Juez o por un tercero con encargo judicial, para efectos de ejecutar una sentencia que condena a una obligación de hacer. En otros términos, la sustitución es aquel mecanismo que pone al Juez o a un tercero en lugar de la Administración Pública incumplida, para con ello forzar el acatamiento de la sentencia que es adversa a ésta última y que dispone la realización de una actividad o el dictado de un acto.

Se trata de un medio de *ejecución forzosa*, que operaría luego del plazo que se concede a la Administración Pública para el cumplimiento voluntario. La sustitución es un dispositivo de ejecución que se caracteriza por ser directo, es decir, por operar de modo inmediato, en suplencia de la Administración Pública, para lograr el acatamiento de la sentencia, a diferencia de los medios indirectos – como las multas coercitivas o la responsabilidad disciplinaria o penal- que sólo tratan de disuadir a la autoridad administrativa de su desobediencia.

Esta solución no es ajena al Derecho mexicano, pues el inciso c) de la fracción I del artículo 58 del artículo de la LFPCA establece lo siguiente:

*“Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá comisionar al funcionario jurisdiccional que, por la índole de sus funciones estime más adecuado, para que dé cumplimiento a la sentencia”* (Lo resaltado es del autor).

No obstante, los condicionantes que establece la norma citada, que se dicen de un modo demasiado indeterminado (“Cuando la naturaleza del acto lo permita”), sumados a la insuficiente regulación sobre los procedimientos y actividad del comisionado, demuestran todavía una limitación del poder de ejecución de los jueces que podría estar sustentada en la particular interpretación del principio de división de funciones que se ha criticado en este trabajo.

En el Derecho ecuatoriano existiría la posibilidad de sustitución judicial, según lo que dispone el artículo 39 de la LME.<sup>506</sup> No obstante, como manifesté en el capítulo anterior, la deficiente regulación del artículo 39 de la LME, que de modo simplista se limita a una remisión al CPC, produce incertidumbre en muchos casos, debido al ámbito natural de dicho Código y a un Legislador que no ha sabido establecer las debidas regulaciones que adecuen la técnica ejecutiva del CPC a las particularidades del proceso contencioso administrativo.

En suma, tanto en México como en Ecuador, a pesar de existir rudimentos sobre la sustitución de la Administración por los jueces para efectos de ejecución de sentencias que establecen una obligación de hacer, no puede hablarse de una

---

<sup>506</sup> Recordemos que el artículo 39 de la LME dispone que “Cuando cualquier órgano jurisdiccional declare, mediante sentencia ejecutoriada, la obligación del Estado o de cualquier entidad del sector público, a pagar cualquier suma de dinero o cumplir determinado acto o hecho, la ejecución de dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”.

Por su parte, el artículo 440 del CPC:

“Art. 440.- Si el juicio hubiere versado sobre la entrega de una especie o cuerpo cierto, el ejecutado será compelido a la entrega, y el alguacil, de ser necesario, con el auxilio de la Fuerza Pública, lo entregará al acreedor. Si la obligación fuere de hacer, y el hecho pudiere realizarse, el juez dispondrá que se realice por cuenta del deudor. Si la especie o cuerpo cierto no pudiere ser entregado al acreedor, o no se obtuviere la realización del hecho, el juez determinará la indemnización que deba pagarse por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro, por el procedimiento de apremio real.

“Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio”.

legislación que regule de modo suficiente esta técnica. Como aprecia Miguel Beltrán de Felipe, las medidas indirectas de coerción –que son prácticamente todo lo que contemplan los ordenamientos de México y de Ecuador- tienen una eficacia limitada, por lo que es menester la implementación de medios de ejecución forzosa y directa de lo que dispone la sentencia. El autor citado manifiesta:

“[...] un tribunal puede ordenar expresamente cuantas obligaciones sea menester, y puede multar a su destinatario para obligarle a cumplir, pero si carece de medios directos (*ergo* sustitutivos) de ejecución forzosa, el cumplimiento efectivo y real de la sentencia seguirá dependiendo de la voluntad del deudor. La conclusión es que 'La *injection* sólo tiene sentido si puede ir acompañada de una sanción'. Las multas, la reiteración y concreción de las obligaciones que expresamente se contienen en el fallo, y en general todas las medidas 'amistosas' e indirectas, son medios de ejecución forzosa útiles pero de eficacia limitada: sólo tienen sentido si se complementan con un medio directo como el poder de sustitución que se aplique cuando fallen tales medidas indirectas”.<sup>507</sup>

---

<sup>507</sup> Beltrán de Felipe, Miguel, *op. cit.*, en nota 487, pp. 242-243. La técnica de la sustitución judicial ha tenido mayor campo de aplicación en las materias civiles, y está prevista en los artículos 421 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México y 440 del CPC de Ecuador, disposición ésta última que ya ha sido citada en este trabajo. El artículo 421 del Código mexicano dispone lo siguiente:

“ARTICULO 421.- Si, pasado el plazo, el obligado no cumpliera, se observarán las reglas siguientes:

“I.- Si el hecho fuere personal del obligado, y no pudiere prestarse por otro, el ejecutante, podrá reclamar el pago de daños y perjuicios, a no ser que, en el Título, se hubiere fijado alguna pena, caso en el cual por ésta, se despachará la ejecución.

“II.- Si el hecho pudiere prestarse por otro, el tribunal nombrará persona o personas que lo ejecuten, a costa del obligado, en el término que se les fije, o se resolverá la obligación en daños y perjuicios, a elección del ejecutante.

“III.- Si el hecho consiste en el otorgamiento de un documento, lo hará el tribunal, en rebeldía del ejecutado, y

“IV.- Si el hecho consistiere en la entrega de alguna finca o cosas, documentos, libros o papeles, se hará uso de los medios de apremio, para obtener la entrega.

“La desocupación de una finca sólo puede ordenarse en sentencia definitiva; pudiéndose conceder un término hasta de sesenta días, fijado prudentemente por el tribunal, para hacer entrega de ella. Si en la finca hubiere una negociación mercantil, industrial o agrícola, el tribunal señalará prudentemente el término que sea indispensable. El aseguramiento de bienes sólo puede tener lugar para garantizar el pago de las prestaciones reclamadas y de los daños y perjuicios”.

Superada la interpretación *sui géneris* del principio de división de funciones, y por tanto, reivindicada la facultad coactiva del Juez sobre la Administración Pública, es posible plantear la técnica de la sustitución judicial para efectos de ejecutar las sentencias que ha incumplido la autoridad administrativa. No obstante, es necesario justificar la constitucionalidad de esta técnica de ejecución y solucionar algunas problemáticas que podría tener este mecanismo de cumplimiento, a saber, su procedencia en el caso de facultades discrecionales y la posibilidad en aquellas situaciones en las que el Juez no cuente con medios técnicos suficientes para llevar a efecto la sentencia por medio de sustitución del obligado.

En lo que se refiere a la constitucionalidad de la técnica de la sustitución judicial de la Administración, parto nuevamente del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, debe recordarse que pugna con este derecho fundamental la falta de eficacia, el incumplimiento o el acatamiento insuficiente de las sentencias favorables al administrado.<sup>508</sup> Desde el punto de vista de la *eficacia* que deben tener las sentencias, resulta conforme con las normas constitucionales mexicanas y ecuatorianas la implementación de mecanismos de ejecución forzosa, que de un modo directo, apliquen los jueces en contra de la Administración remisa o incumplida, incluyendo la sustitución judicial de la autoridad cuando no cumple voluntariamente las disposiciones y prestaciones ordenadas o impuestas en el fallo.

En efecto, el inciso quinto del artículo 17 de la CPEUM dispone lo siguiente:

“Las leyes federales y locales establecerán los *medios necesarios* para que se garantice la independencia de los tribunales y la *plena ejecución de sus resoluciones*” (Lo resaltado es del autor).

---

<sup>508</sup> Cf., *ibidem*, p. 244: “[...] la exigencia de la efectividad de la tutela judicial en sede ejecutiva tiene como consecuencia que las medidas indirectas son insuficientes (precisamente por no ser capaces de garantizar siempre y en todo caso la ejecución en sus propios términos). Por ello la efectividad, requisito constitucional de la tutela judicial del art. 24.1 CE, obliga a afirmar la existencia del poder de sustitución entre las facultades jurisdiccionales de ejecución forzosa”.

Como podrá observarse, la CPEUM no se limita a disponer que las leyes federales y locales incorporen medios para ejecutar las resoluciones judiciales, *sino que también exige un resultado, a saber, que estos medios aseguren la plena ejecución de dichas resoluciones.*<sup>509</sup> En consecuencia, los mecanismos y procedimientos que las leyes establezcan para hacer cumplir las sentencias deben ser aptos para garantizar una ejecución completa, suficiente y oportuna de las decisiones judiciales.

La ejecución de sentencias por sustitución o subrogación judicial encuentra respaldo constitucional en la norma que se comenta, pues asegura que la resolución pronunciada por los jueces tenga el debido cumplimiento cuando la Administración Pública desobedece las disposiciones dictadas en su contra. Se trata, en suma, de un *medio idóneo que asegura la plena ejecución de las resoluciones que dictan los jueces y tribunales*, lo cual es conforme con el inciso quinto del artículo 17 constitucional.

En el Derecho ecuatoriano, la subrogación judicial ante el incumplimiento de las sentencias tiene fundamento constitucional en el artículo 75, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, y en el artículo 169, que se refiere a los fines del sistema procesal y a sus principios. Como se indicó en el capítulo primero y se ha reiterado en este lugar, ninguna tutela judicial puede calificarse de efectiva si la sentencia que dicta el Juez no se cumple, o si la parte vencida elude el cumplimiento, o bien, si el ordenamiento jurídico tolera que se eludan las disposiciones o prestaciones que se imponen en el fallo.<sup>510</sup> La ejecución de las sentencias adversas a la Administración Pública a través de la técnica de sustitución judicial encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva un sólido respaldo constitucional.

---

<sup>509</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española, el adjetivo pleno significa “Completo, lleno”. Véase, Real Academia Española, *op. cit.*, en nota 335, t. II, p. 1786,

<sup>510</sup> El artículo 75 de la CPRE, citado en el capítulo primero de este trabajo, dice: “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

En lo que se refiere a los fines del sistema procesal y a sus principios, el artículo 169 de la CPRE dispone lo siguiente:

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

La ejecución de las sentencias por sustitución judicial es, sin duda, un medio para la realización de la justicia, o en otros términos, para llevar a la práctica lo que según el Derecho ha sido decidido y dispuesto en el fallo. Debe notarse también que la CPRE exige que el sistema procesal, en cuanto medio para la realización de la justicia, se rija por el principio de *eficacia*, y en tal virtud, las sentencias que aplican el Derecho al caso concreto deben lograr el efecto jurídico que se precisa el fallo, pues, precisamente y por definición, en ello consiste la eficacia.<sup>511</sup>

En suma, en el Derecho ecuatoriano, al igual que en el mexicano, no existe objeción constitucional alguna para implementar sistemas de sustitución judicial que permitan la ejecución forzosa y directa ante el incumplimiento de las sentencias adversas a la Administración Pública. Los criterios que encontrarían pugna con las disposiciones constitucionales únicamente se derivarían de la particular interpretación del principio de división de funciones que ha sido objeto de crítica en el presente trabajo. Al respecto, vale recordar e insistir que esta interpretación particular tiene el grave defecto de romper el equilibrio constitucional, pues no guarda armonía con los principios de legalidad y de responsabilidad jurídica que, conjuntamente con el principio de división de funciones, configuran al Estado de Derecho como un sistema completo y acabado de garantías. La falta de ejecución de las sentencias, como se dijo en su momento, rompe el equilibrio constitucional, pues significa que la Administración

---

<sup>511</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española, eficacia es la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera”. Real Academia Española, *op. cit.*, en nota 335, t. I, p. 865.

Pública persiste en las ilegalidades que determinó el Juez y se sustrae de los principios fundamentales que rigen su actuación.

Una vez que he justificado la constitucionalidad de la técnica de sustitución judicial, es necesario afrontar algunas problemáticas que pueden cuestionar la aplicación de este mecanismo de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo.

La técnica de la sustitución judicial no tendría mayor dificultad cuando se está frente a facultades regladas. En los casos en que la ley define exhaustivamente los supuestos y condiciones del ejercicio de las facultades de la Administración Pública, de tal modo que no se deja margen para el juicio o la estimación subjetiva,<sup>512</sup> el Juez perfectamente puede adoptar todas las medidas necesarias para su sentencia adquiera la eficacia del acto que la Administración Pública ha omitido dictar para cumplir con la sentencia.<sup>513</sup> Incluso, la misma sentencia podría funcionar como el acto administrativo que permite al administrado ejercer sus derechos, sin que sea lícito para la Administración Pública obstar o entorpecer dicho ejercicio.

En suma, si en las facultades regladas la ley hace una precisa determinación de los parámetros de actuación administrativa, la sentencia, que justamente

---

<sup>512</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 26, p. 460-461. Respecto de las facultades regladas, los autores citados dicen: “La atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una forma de atribución aplicable a todos los casos. Pero, ello supuesto, existe una distinción capital en el modo como esa atribución se realiza: la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo –aplicación de una cuota establecida por la Ley a una base fijada sobre un hecho imponible determinado-, etc.) [...]”.

<sup>513</sup> Recordemos que esta es la solución que ofrece el artículo 108 de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“Artículo 108.

“1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

“a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

“b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada”.

constituye un acto jurídico que aplica la ley, puede suplir el contenido jurídico del acto administrativo o a la actuación de la Administración Pública, pues en las facultades regladas, por definición, no existe margen de apreciación subjetiva, sino una aplicación estricta de la ley que pueden hacer, de modo equivalente, el acto administrativo o la sentencia.

Mayor necesidad de justificación y explicación merecen la aplicación de la técnica de sustitución judicial cuando se trata de ejecutar sentencias que juzgan a la Administración Pública por los resultados del ejercicio de sus facultades discrecionales. Como se sabe, existe discrecionalidad cuando la ley permite a la Administración Pública un ámbito de apreciación de la realidad y le autoriza a elegir entre varias opciones lícitas. A lo largo de este trabajo he insistido en que el Juez, que debe hablar en nombre del Derecho, no tiene la aptitud de suplir la apreciación y elección, que de conformidad con la ley, corresponde hacer a la autoridad administrativa. Por ejemplo, si en materia de contratación pública la ley establece que la Administración Pública elegirá al postulante cuya oferta “sea más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”, el Juez no podrá suplir el criterio propio del administrador y determinar el ganador del concurso, porque la jurisdicción se desenvuelve según un particular método de actuación, propio de la resolución de las controversias según Derecho, y porque esta metodología de actuación es extraña a la *gestión inmediata y práctica* de los intereses públicos que caracteriza a la actividad administrativa. El Juez, por tanto, no estaría en capacidad de determinar la oferta que “sea más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”, sino que se limitará a declarar en sentencia la nulidad de los actos que impugnen quienes se han visto perjudicados por alguna actuación ilícita que la autoridad administrativa haya cometido durante el procedimiento de contratación. De ninguna manera el juzgador podrá establecer la obligación de la Administración de declarar a alguien como ganador o a una oferta específica como “la más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”. De igual manera, si de conformidad con la ley la Administración Pública goza de la facultad de iniciar o de no iniciar un nuevo procedimiento de contratación, el Juez no podrá obligarla a tomar una decisión determinada al respecto.

No obstante lo dicho, y como aprecia el legislador mexicano en los artículos 52 y 57 de la LFPCA, el demandante puede tener derecho a una resolución administrativa que le confiera una prestación, le reconozca un derecho o le abra la posibilidad de obtenerlo, de tal modo que si la Administración Pública se abstiene de actuar, se ocasionaría un perjuicio al demandante. En estos casos, como puse de manifiesto en el capítulo anterior desaparece la discrecionalidad, ya que si la falta de ejercicio de las facultades administrativas es capaz de producir un efecto contrario a Derecho –como lo es el perjuicio que sufriría el demandante– simplemente ya no existe la posibilidad de elegir lícitamente entre actuar o dejar de hacerlo, o en otros términos y por definición, ya no habrá discrecionalidad en lo que se refiere a los aspectos de decidir potestativamente si se realiza o no una actuación.<sup>514</sup>

La sentencia que reconoce un derecho al administrado y, consecuentemente, condena a la Administración Pública a una obligación correlativa, también elimina la posibilidad de elección entre actuar o no actuar. Como advierte Beltrán de Felipe:

“La existencia de un derecho subjetivo a un determinado comportamiento elimina cualquier posibilidad de considerar la actividad del sujeto obligado como enteramente discrecional”.<sup>515</sup>

En estos supuestos, como afirma el autor citado, puede haber sustitución judicial para obligar a la Administración Pública a acatar con lo dispuesto en el fallo, concretamente, para obligar a la autoridad administrativa a cumplir con la obligación de actuar o para hacer efectivo el derecho del administrado. En tal virtud, siguiendo con el ejemplo propuesto, aunque el Juez no pueda decidir cuál oferta “es la más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”, sí puede ordenar que la Administración inicie un nuevo procedimiento de

---

<sup>514</sup> En el mismo sentido, véase Beltrán de Felipe, Miguel, *op. cit.*, en nota 487, pp.287 y ss. El autor, con indudable acierto, afirma que cuando hay obligación de ejercer una facultad, ya no existe discrecionalidad.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 289.

contratación y permita la participación del administrado que fue ilícitamente excluido por desviación de poder, violación al principio de igualdad u otro vicio jurídico.

En otros casos, la Administración puede elegir entre varias opciones para cumplir con la obligación impuesta en la sentencia. Si ésta dispone eliminar el ruido que produce una construcción o los humos tóxicos de una planta industrial, la autoridad administrativa únicamente queda obligada al resultado, pero no a emplear un modo específico de actuación, ni a una manera concreta de lograr dicho resultado. En suma, la Administración Pública puede elegir la manera de actuar, siempre que produzca el efecto ordenado en la sentencia.

En los supuestos referidos puede haber sustitución judicial, no obstante, a diferencia de lo que ocurre con las facultades regladas, el problema a resolverse está en los mecanismos de subrogación. En principio, no resultará tan simple afirmar que la sentencia equivalga al acto administrativo que omite dictar la autoridad administrativa, o bien, que el Juez adopte las medidas necesarias para que el fallo tenga la eficacia de la actuación que corresponde realizar a la Administración. En mi criterio, habrá que observar las características del caso que se juzga para determinar los alcances de la subrogación, pero como destaca Miguel Beltrán de Felipe, las verdaderas problemáticas de la sustitución judicial que se presentan cuando existe discrecionalidad se refieren a los medios técnicos y materiales que corresponden, por la naturaleza de la función, a la Administración Pública, medios de los cuales carece el Juez.

Las dificultades técnicas y materiales se solucionarían con la figura del *encargo o delegación judicial* que se hace a un tercero para efectos de ejecutar la sentencia.<sup>516</sup> Como se pudo ver en el capítulo anterior, este mecanismo está previsto en el artículo 108 de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,<sup>517</sup> aunque también se puede encontrar un antecedente en la legislación italiana, en el denominado *giudizio di ottemperanza*.

---

<sup>516</sup> Véase, Beltrán de Felipe, Miguel, *op. cit.*, en nota 487, pp. 407 y ss.

<sup>517</sup> El citado artículo dice:  
"Artículo 108.

En un interesante estudio sobre *giudizio di ottemperanza*, Carmen Chinchilla Marín explica las líneas generales del funcionamiento del delegado judicial (que en el Derecho italiano se denomina comisario *ad acta*), las cuales pueden enunciarse de la siguiente manera:<sup>518</sup>

a. El delegado judicial *sustituye a la Administración incumplidora* y está facultado para adoptar todos los actos que sean necesarios para dar efectivo cumplimiento a la sentencia.

b. El delegado judicial es un *órgano auxiliar del Juez*, aunque su elección y nombramiento pueda encargarse a un órgano administrativo.

c. El delegado judicial no se encuentra a órdenes de la Administración Pública, sino que *responde directamente ante el Juez*.

d. La Administración Pública, una vez designado el delegado judicial, *queda impedida de dictar por sí misma los actos de cumplimiento de la sentencia*, ya que el competente para realizarlos será el delegado judicial. Esto es consecuencia lógica del carácter del delegado, pues se trata de un funcionario que *suple* a la Administración Pública para efectos de ejecutar la sentencia.

El delegado judicial constituye una figura útil para superar los escollos que el Juez puede encontrar en la ejecución de sentencias, especialmente, en los aspectos discrecionales, técnicos y materiales. En primer término, el delegado judicial sería un funcionario con aptitud técnica suficiente para hacer cumplir la sentencia, ya que el Juez lo puede designar, según exija el caso concreto, de los mismos cuadros administrativos, o bien, de instituciones capacitadas para realizar los actos que implican el cumplimiento de la sentencia, sin excluir la posibilidad de

---

“1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

“a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

“b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada”.

<sup>518</sup> Véase, Chinchilla Marín, Carmen, “La Ejecución de Sentencias en el Derecho Italiano: El iudicio di ottemperanza”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 059, julio-septiembre de 1988, estudios, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

que el delegado judicial provenga de los organismos de defensa de los derechos humanos. Por otra parte, la sustitución judicial garantiza la efectividad de lo que dispone el Juez sin procedimientos extraños a los que debe adoptar la propia Administración Pública, pues el delegado judicial reemplaza a la autoridad administrativa y asume las competencias necesarias para ejecutar el fallo, lo cual implica que el delegado judicial *se adentra en los ámbitos propios de la actividad administrativa*, con las limitaciones dadas por el mandato judicial y los términos estrictos que se contienen en la sentencia. Por último, el delegado judicial, aun cuando asuma competencias administrativas para ejecutar una sentencia, nunca responde ante la Administración Pública, sino sólo ante el Juez que lo designó, ya que en el cometido de ejecutar la sentencia no es un funcionario administrativo, sino un órgano auxiliar del Juez.

### ***3. Previsión obligatoria de créditos presupuestarios para atender sentencias de carácter pecuniario. Coacción sobre el patrimonio público***

Como he advertido en este trabajo, es posible embargo de los bienes de la Administración Pública que se rigen por el Derecho privado para efectos de ejecutar una sentencia de carácter pecuniario. Sin embargo, este mecanismo de ejecución no sería el único que podría plantearse para obligar a la Administración Pública a cumplir con un fallo que le condene a una prestación económica.

La condicionante que se plantea para los pagos de dinero ordenados en sentencia es el principio de legalidad presupuestaria, según el cual, toda erogación que deban realizar las entidades públicas debe estar previsto o autorizado por la ley. En México, el principio de legalidad presupuestaria está establecido en el artículo 126 de la CPEUM: “No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior”. En Ecuador, el mencionado principio se desprende del inciso tercero del artículo 295 de la CPRE, en la parte que dispone que “Cualquier aumento de gastos durante la ejecución presupuestaria deberá ser aprobado por la Asamblea Nacional, dentro del límite establecido por la ley”. Además de esta norma constitucional, en

Ecuador se debe observar el artículo 35 de la Ley de Presupuestos del Sector Público se establecen los siguientes requisitos que deben cumplir las instituciones del sector público:

“a) Todo pago corresponderá a un compromiso devengado, legalmente exigible, con excepción de los anticipos previstos en los ordenamientos legales y contratos debidamente suscritos;

“b) Los pagos que se efectúen deberán estar dentro de los límites de la programación de caja autorizada; y,

“c) Los pagos deberán encontrarse debidamente justificados y comprobados con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados”.

En el capítulo anterior ya analizamos la manera cómo solucionan las legislaciones francesa y española el problema de las condenas pecuniarias y la previsión del pago en los presupuestos públicos. En este lugar, es necesario indicar que en México y en Ecuador el principio de legalidad presupuestaria coexiste con el derecho a la tutela judicial efectiva, igualmente reconocido a nivel constitucional. ¿Cómo resolver sobre la vigencia simultánea de los dos preceptos sin producir antinomias? Y en el concreto tema que nos ocupa, ¿el principio de legalidad presupuestaria puede condicionar el pleno cumplimiento de las sentencias adversas a la Administración Pública, que se reconoce como elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva?

En teoría, como observa Elisur Arteaga Nava, el texto constitucional es un todo armónico y congruente; “[...] todas sus partes están conformadas de tal manera que nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen”.<sup>519</sup> En la práctica, no obstante, existen dificultades para armonizar las distintas disposiciones constitucionales, lo

---

<sup>519</sup> Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, en nota 159, p. 10.

cual determina la necesidad de una interpretación que no elimine ni sacrifique los principios esenciales y los conceptos fundamentales que recoge la norma suprema.<sup>520</sup>

En mi criterio, es posible ajustar el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad presupuestaria, pues ninguno de estos postulados constitucionales son, en su propia esencia, contradictorios o incompatibles. La problemática, antes que surgir por el lado de la justificación de los dos postulados o de la primacía de uno sobre el otro, está en encontrar mecanismos técnicos para que la Administración Pública cumpla, de modo integral y deseablemente oportuno, con los pagos que debe en virtud de una sentencia. Al respecto, podría proponer la solución de la previsión obligatoria de créditos presupuestarios para que la Administración Pública cumpla con las condenas pecuniarias que establezcan los jueces.

Este sistema no es extraño en el Derecho mexicano, pues ha sido prevista para las indemnizaciones que se deben por responsabilidad patrimonial del Estado, y en principio, nada obsta para que la solución se extienda a cualquier pago que se ordene en una sentencia. En efecto, los artículos 5, 6 y 8 de la Ley Federal de Responsabilidad Extracontractual del Estado disponen lo siguiente:

“Artículo 5.- Los entes públicos federales cubrirán las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial que se determinen conforme a esta Ley, con cargo a sus respectivos presupuestos.

“Los pagos de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial se realizarán conforme a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal correspondiente, sin afectar el cumplimiento de los objetivos de los programas que se aprueben en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

“En la fijación de los montos de las partidas presupuestales deberán preverse las indemnizaciones que no hayan podido ser pagadas en el ejercicio inmediato anterior, según lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la presente Ley.

---

<sup>520</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 47-50.

“Artículo 6.- Los entes públicos federales, tomando en cuenta la disponibilidad de recursos para el ejercicio fiscal correspondiente, incluirán en sus respectivos anteproyectos de presupuesto los recursos para cubrir las erogaciones derivadas de responsabilidad patrimonial conforme al orden establecido en el registro de indemnizaciones a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley.

“La suma total de los recursos comprendidos en los respectivos presupuestos aprobados de los entes públicos federales, no podrá exceder del equivalente al 0.3 al millar del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente.

“Artículo 8.- Las indemnizaciones fijadas por autoridades administrativas que excedan del monto máximo presupuestado en un ejercicio fiscal determinado serán cubiertas en el siguiente ejercicio fiscal, según el orden de registro a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley”.

En caso de que la autoridad administrativa incumpliese con los procedimientos que permitan hacer efectivo el pago de lo ordenado en sentencia, podría procederse al embargo la realización de los trámites necesarios para lograr el pago.

#### **4. Posibilidad de conciliación para resolver dificultades en el cumplimiento**

Un dogma que se encuentra presente en algunos círculos doctrinarios y profesionales es el que propugna que la Administración Pública no puede conciliar con el administrado, de tal manera que la transacción estaría prohibida en el Derecho Administrativo.<sup>521</sup>

---

<sup>521</sup> Sobre la conciliación en el Derecho Administrativo, y especialmente, sobre los actos administrativos consensuales, véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*, Quito, Ediciones Legales-Corporación Myl, 2005, pp. 30-54. También de mi autoría, *Los Actos Administrativos Consensuales. Una Técnica para el Ejercicio de la Participación Ciudadana en las Decisiones de la Administración Pública*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, Serie Estudios Jurídicos No. 35. Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, nota 53, pp. 941-961. De Palma del Teso, Ángeles, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Venegas Álvarez, Sonia, “En Defensa de la Conciliación en el Contencioso Administrativo”, en Cisneros Farías, Germán, Fernández Ruiz, Jorfe y López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.), *Justicia Administrativa*,

Una idea de “interés general”, que ingenuamente y sin mayor análisis entiende por tal a lo que conviene a su supuesto garante, la Administración Pública, podría funcionar como justificativo del dogma. Sin embargo, el interés general sólo tiene sentido en una referencia estricta a los derechos del ciudadano y a lo que es propio de los fines de la sociedad, de tal manera que aquello de la “conveniencia administrativa” sólo tendría sentido si coincide con lo humano y lo social, y no cuando el “interés general” se define según las variantes aspiraciones políticas de partido, las interpretaciones puramente ideológicas, o los limitados criterios de una terca burocracia acostumbrada a la simple y mecánica aplicación de directivas u órdenes superiores.

Conciliar, como define Sonia Venegas Álvarez, es arreglar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.

“Este ajuste de intereses puede resultar de la iniciativa de cualquiera de las partes interesadas, o bien de la participación de un tercero, quien puede ser un particular o un funcionario público, en éste último caso se estaría frente a la función de administración de justicia, propia del Estado.

“La conciliación es un modo de arreglar alternativamente controversias jurídicas, por el cual las partes en conflicto recurren a un tercero, encargado de dirigir la discusión y encaminarlos a un acuerdo”.<sup>522</sup>

En el concreto tema de la ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública, la conciliación puede funcionar como técnica que resuelva las dificultades que encuentre la autoridad administrativa, y especialmente, para solucionar las problemáticas derivadas de la imposibilidad material o legal de cumplimiento. Considero que antes de resolver estos obstáculos mediante la indemnización de daños y perjuicios, bien el Juez podría convocar a la Administración y al demandante para que acuerden la forma en que la sentencia

---

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp.547-570.

<sup>522</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, en nota 521, pp. 550-551.

puede ser cumplida a satisfacción del administrado, siempre que el acuerdo sobre el cumplimiento no contravenga ninguna norma jurídica del Derecho público.

Evidentemente, la técnica de la conciliación únicamente sería procedente cuando no se puede ejecutar la sentencia en sus propios términos, y siempre que el Juez haya determinado esta imposibilidad.

#### **IV. VENTAJAS DE UN SISTEMA JUDICIAL EFICAZ DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS**

##### **1. *Reivindicación de los principios de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública***

En el capítulo primero de este trabajo se expuso sobre los principios del Estado de Derecho en cuanto fundamento del control jurisdiccional de la Administración Pública. En aquel lugar se dijo, en síntesis, que el Estado de Derecho comprende los aspectos esenciales de una visión del Estado en función de la persona, la plena subordinación al Derecho, con la consecuente proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, y el reconocimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>523</sup>

En el mismo capítulo antes referido también dije que la conclusión práctica y la consecuencia necesaria de principios del Estado de Derecho es la *posibilidad de un control jurídico de la actividad administrativa*. En efecto, la división de poderes implica una Función Judicial u órgano jurisdiccional independiente, con autoridad para juzgar a la Administración Pública por sus actos. Este juzgamiento se lo hace conforme a Derecho y en nombre del Derecho, lo cual sólo es posible si el Estado y la autoridad pública están sometidos al ordenamiento jurídico, si están limitados por unos derechos del ciudadano, y por tanto, si es jurídicamente responsable. Por último, el ambiente democrático, sustentado en la participación

---

<sup>523</sup> Véase, Sarría, Consuelo, *op. cit.*, en nota 10, pp. 18-19. Sala Sánchez, Pascual, *op. cit.*, en nota. 10, p. 297.

ciudadana y en la abrogación del autoritarismo, es presupuesto básico del control del poder, en atención a que en democracia el Derecho legitima los actos de la autoridad.

En este capítulo, no obstante, he manifestado que la interpretación exagerada que tradicionalmente se dio al principio de división de funciones determinó una quiebra del sistema que constituye el Estado de Derecho, pues tales planteamientos sobre la aquél postulado no se adecuan armónicamente con los principios de subordinación al derecho y de responsabilidad pública. En efecto, el control jurídico de la actividad administrativa no puede limitarse a la mera posibilidad de demandar a la Administración Pública e instaurar un proceso en su contra, sino que mucho más aun, debe concretarse en el cumplimiento del acto jurisdiccional que resuelve la controversia sometida a decisión de los jueces, esto es, en la ejecución cabal de la sentencia que se dicte en contra de la autoridad administrativa.

La sentencia aplicará el derecho al caso concreto, y en el caso de ser adversa a la Administración Pública, determinará los principios y normas jurídicas que ha transgredido en su actuación y los derechos del administrado que ha vulnerado o desconocido. No obstante, esta sola situación no es suficiente para hacer totalmente efectivos los principios de subordinación al derecho y de responsabilidad pública, pues una sentencia que no se hace efectiva se queda en una pura muestra de erudición jurídica que, en los hechos, no repara el orden jurídico violado ni los perjuicios ocasionados. Como observa Rivero,

“En ocasiones, basta la anulación para producir el efecto concreto esperado por el demandante, por lo menos, si la Administración acepta conformarse a ella. Pero mucho más frecuentes son los actos que pueden producir todos sus efectos antes de su anulación. En estos casos el demandante tendrá la satisfacción moral de saber que tenía razón. Pero, en la práctica, esto no cambiará nada. El edificio ilegalmente construido continuará tapando el horizonte. Lo mismo sucede si el acto anulado crea un vacío jurídico que solo puede llenar un nuevo acto, pero legal. La ejecución de una decisión que acuerda una indemnización a la víctima de un perjuicio se ve frustrada si la autoridad condenada se demora en el pago de su

deuda, o si se rehusa a ello implícitamente, pues el demandante no cuenta con ningún medio para obligarla. En todas estas situaciones, una vez proferida la decisión, el juez consideraba que todo había terminado. El respeto de la cosa juzgada no era de su incumbencia” (sic).<sup>524</sup>

La búsqueda de la *eficacia* en la ejecución de la sentencia constituye un capítulo al que no se le ha dado la debida atención en el estudio del proceso contencioso administrativo. No obstante, el rigor en la ejecución de las sentencias adversas a la Administración Pública es una necesidad impuesta por los postulados básicos del Estado de Derecho, ya que la *eficacia* de los fallos es un parámetro apto para medir el verdadero cumplimiento del ordenamiento jurídico y una muestra del grado de responsabilidad jurídica que, en los hechos, asume la autoridad.

## ***2. Reivindicación del derecho del ciudadano como elemento esencial del interés público***

Esta fuera de discusión que la realización del bien común constituye razón suficiente para que el ordenamiento jurídico conceda a la Administración Pública una serie de prerrogativas. No obstante, debe tenerse presente que únicamente el logro de los más altos intereses de la sociedad política opera como elemento de razonabilidad que justifica la concesión de dichos privilegios, y que de ningún modo fundamentan las gracias y exenciones de que goza la Administración cualquier otro motivo que no sea el interés general. La noción que se tenga del bien común o del interés general, por tanto, puede incidir en la definición de dichos privilegios y prerrogativas, e incluso, lo que se entienda por dichos conceptos es capaz de determinar soluciones válidas o cuestionables.

Excedería de la temática y propósito de este trabajo el análisis detenido y pormenorizado de todas las escuelas de pensamiento que se han ocupado del

---

<sup>524</sup> Rivero, Jean, *op. cit.*, en nota 355, p. 244.

tema del fin del Estado, del bien común o del interés general. Sin embargo, en el capítulo primero quedaron expuestos ciertos elementos que permiten observar mi posición sobre esta materia, pues considero que la subordinación al Derecho se fundamenta en una reflexión sobre la composición del Estado y la naturaleza de su fin. En mi opinión, el bien común o el interés general no es lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que dicho bien e interés se fundamentan en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, que jurídicamente se expresan en los derechos que les reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de Derecho y a las funciones y cometidos que debe cumplir.

Estas apreciaciones vienen a propósito de cualquier pretensión académica que trate de justificar los tibios métodos de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública en una supuesta garantía o respeto de una nebulosa idea “interés general”, que no se sabe en qué consiste o en dónde está, y que supuestamente debe prevalecer sobre el “interés particular”. Ideas que frecuentemente suelen invocarse por razones oportunistas o por las vicisitudes del momento o de las circunstancias. En mi opinión, los derechos de las personas constituyen un elemento esencial del interés general y la razón primera de la actividad de la Administración Pública. Como manifesté en el capítulo primero, la causa material y eficiente del Estado es la persona, y por ende, el Estado no puede atentar contra el principio de su existencia.

Estas reflexiones sirven, en concreto, para propugnar que un sistema eficaz de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública sirve al interés general que representan los derechos de la persona. Los mismos razonamientos, de igual manera, complementan lo anteriormente expuesto sobre la reivindicación de los principios de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública, pues las limitaciones jurídicas que soporta la autoridad pública se deducen de los derechos de las personas, y a su vez, el principio de responsabilidad pública se explica por estas limitaciones.

En suma, hacer cumplir a cabalidad una sentencia adversa a la Administración Pública es hacer honor al derecho de la persona, en cuanto elemento del interés general y fundamento de los principios de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública.<sup>525</sup>

### **3. Obligar a la Administración a cumplir con las sentencias también contribuye a administrar mejor**

Haciendo una paráfrasis de la célebre frase de Tomás-Ramón Fernández – juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor- me permito añadir que la recta y buena actividad administrativa requiere, de igual modo, que la autoridad acate cabalmente las sentencias adversas.

Los principios de subordinación al Derecho y de responsabilidad jurídica no se hacen efectivos con la sola posibilidad de llevar a juicio a la Administración Pública, sino aun más, cuando la ilegalidad advertida en la sentencia es totalmente corregida. El proceso contencioso administrativo será del todo eficaz, cuando la jurisdicción que a través de él se aplica no sólo tenga por contenido el

---

<sup>525</sup> Cfr. Rivero, Jean, *op. cit.*, en nota 355, p. 248. El autor citado dice: “¿Protección a la Administración? ¿Protección del administrado? Las dos finalidades, *a priori*, pueden parecer opuestas. Ellas lo son, en efecto, en los Estados autoritarios; la finalidad de la Administración no se distingue allí de la finalidad del Estado, de la cual es un componente. Ahí donde el Estado no tiene otro objeto que el ejercicio de un poder tan eficaz como sea posible, el administrado, simple sujeto, no podría oponer su interés propio a lo que el poder considera necesario.

“Sin embargo, en el Estado de derecho, el administrado ya no es un sujeto, es un ciudadano, y la protección de sus derechos se ha convertido en uno de los principales componentes de la razón de ser del poder. Lejos de oponerse, las dos finalidades se armonizan. El proteger al ciudadano contra los abusos de la Administración es, en definitiva, proteger los principios fundamentales cuya salvaguarda es una de las misiones del Estado democrático y liberal.

“Esta es la experiencia del Consejo de Estado francés. El Estado napoleónico que lo creó, privilegió ante todo la autoridad del poder. Pero en el transcurso de los dos siglos que conmemora este coloquio, el Estado ha incluido la protección del administrado, vuelto ciudadano, entre sus razones de ser. La evolución de la jurisdicción administrativa se tradujo primero en la elaboración de normas abstractas que constituyen lo esencial de la disciplina que está a su cargo. Más recientemente, ella ha tomado conciencia del hecho de que el demandante, que es el origen de la demanda, no tiene como finalidad contribuir a la elaboración de normas generales, sino obtener del juez el beneficio positivo que la Administración, de manera equivocada, le ha rechazado: no la elaboración “del derecho”, sino la satisfacción de “su derecho”.

“La toma de consideración de la persona del demandante es la traducción concreta de una toma de conciencia. Las dos finalidades de la jurisdicción administrativa se funden en una: el servicio al hombre”.

*juzgar*, sino también el *hacer ejecutar lo juzgado*. Si bien la posibilidad de *juzgar* a la Administración es fundamental para el Estado de Derecho y del todo conforme con los principios señalados, no basta para lograr el efecto deseable del control integral y del estímulo al comportamiento administrativo jurídicamente idóneo. Es también necesario que los resultados del *juzgar* se hagan prácticos, que trasciendan de la reflexión jurídica del Juez hacia su realización en los hechos. Este resultado integral se logra con el *hacer ejecutar lo juzgado*.

Los legisladores de México y de Ecuador no pueden seguir desconociendo que la Administración Pública de ambos países tiene demasiados defectos, los cuales se mantienen cobijados en dogmas e interpretaciones exageradas de principios jurídicos válidos. Lastimosamente, los muchos defectos de la Administración Pública tienen por aliado a la impunidad, pero no sólo una impunidad basada en la corrupción o en la elusión de la ley, sino también amparada en reflexiones “académicas” criticables, como las nociones exageradas de la “separación de poderes”, de la “inembargabilidad de bienes públicos” o del “interés general”.

El proceso contencioso administrativo es un medio para que la Administración Pública adecue su actuación a las normas y a los grandes principios que rigen en la sociedad toda. Por ello, es válido afirmar que los fines del proceso contencioso administrativo no se circunscriben a lo individual, sino que trascienden al ámbito colectivo. Pero si la sentencia no se acata o se cumple de modo incompleto o inoportuno, el proceso únicamente significará un conjunto de reflexiones y apreciaciones eruditas que fácilmente se eluden y desobedecen. Por estas razones, los mecanismos de ejecución de sentencias contencioso administrativas, cumplen el papel fundamental, de orden práctico, que se traduce en advertir a la autoridad pública que en el Estado de Derecho está proscrita la arbitrariedad y que no se tolera la violación de la ley.

Estas reflexiones permiten afirmar que la fase ejecutiva del proceso contencioso administrativo, al igual que su período de conocimiento, también contribuye a administrar mejor. Se trata, en suma, de aquel complemento necesario de *eficacia del Derecho declarado por los jueces* que, aun con medidas

severas, encauza a la Administración Pública en el camino del orden jurídico al cual está ineludiblemente sometida.

## CONCLUSIONES

A lo largo de los capítulos que anteceden, he ido formulando varias afirmaciones que han ido concretando, con respuestas y planteamientos precisos, las temáticas particulares que se abordan en cada parte del presente trabajo.

En este lugar, recapitulando lo más esencial de dichas respuestas y planteamientos, formularé las proposiciones que constituyen las conclusiones principales de este trabajo en su conjunto, las mismas que guardan relación con los objetivos e hipótesis que he planteado como guía de mi investigación.

### ***1. El fundamento del proceso contencioso administrativo está en los principios del Estado de Derecho***

La primera afirmación que se ha demostrado es que el fundamento primero del proceso contencioso administrativo se encuentra en los principios que configuran al Estado de Derecho, pues de dichos principios se deriva, como consecuencia necesaria, *la posibilidad de controlar jurídicamente a la Administración Pública.*

Tal como manifesté en el capítulo primero, la división de poderes implica una Función Judicial independiente, con autoridad para juzgar a la Administración Pública por sus actos. Este juzgamiento se lo hace conforme a Derecho y en nombre del Derecho, lo cual sólo es posible si el Estado y la autoridad pública están sometidos al ordenamiento jurídico, si están limitados por unos derechos del ciudadano, y por tanto, si son jurídicamente responsables. Por último, el ambiente democrático, sustentado en la participación ciudadana y en la abrogación del autoritarismo, es presupuesto básico del control del poder, en atención a que en democracia el Derecho legitima los actos de la autoridad.

### ***2. La función del proceso contencioso administrativo se expresa en un doble aspecto: garantizar la subordinación de la Administración Pública al Derecho y tutelar los derechos del administrado***

Una segunda afirmación que es preciso formular como conclusión proviene del análisis de los fines del proceso contencioso administrativo. La función de este tipo de proceso, a través del cual se juzga nada menos que a la Administración Pública, se expresa en dos aspectos esenciales e inseparables: *someter a la autoridad al ordenamiento jurídico y tutelar los derechos de los administrados*.

El proceso contencioso administrativo cumple, en efecto, un *papel de garantía* de los principios de subordinación de la Administración al Derecho, de plena vigencia y eficacia de los derechos de los administrados, y consiguientemente, de responsabilidad pública. Mediante el proceso contencioso administrativo, precisamente, se juzga a la Administración Pública según Derecho por las actuaciones que pudieren afectar al administrado, y se la hace responder por las consecuencias de tales actuaciones cuando vulneran el orden jurídico y menoscaban los derechos.

Como todo proceso, el contencioso administrativo terminará, de modo normal, con una sentencia que contiene un *juicio lógico* y un *mandato*. En la sentencia se realiza un análisis que confronta los hechos con el derecho para obtener una conclusión de carácter jurídico. Pero además, supone la actuación de lo que dispone el Derecho para el caso concreto que ha sido sometido a decisión del Juez, y por tanto, incorpora una *disposición*, fundada en el Derecho, que obligatoriamente deben cumplir las partes.

### ***3. El cumplimiento de la sentencia es expresión práctica de la función y de la finalidad del proceso contencioso administrativo***

La doble función que cumple el proceso contencioso administrativo requiere de un elemento de eficacia, que opera en el ámbito de la práctica: *el debido cumplimiento de las sentencias judiciales*.

En este trabajo destacué que la sentencia adversa a la Administración Pública plantea una problemática distinta a la que le es favorable. En este segundo supuesto, que implica un fallo adverso para el administrado, no existe

mayor dificultad para llevar a efecto el mandato judicial. El acto de la Administración que se impugnó en la demanda se habrá declarado lícito y las pretensiones procesales del demandante se desecharán en la sentencia. La Administración Pública, que ejerce autoridad y poder público, tendrá todos los medios necesarios para vencer la eventual resistencia del administrado y hacer cumplir lo que se dispone en el acto de la autoridad administrativa que fue impugnado en el proceso, el cual, como se dijo, habrá sido declarado conforme a Derecho.

Distinto es el caso de la sentencia adversa a la Administración Pública, pues en este caso bien se puede utilizar la autoridad y el poder público para resistirse al cumplimiento de la sentencia del Juez. En este específico supuesto, el incumplimiento de la sentencia tiene la singular gravedad de *atentar contra la función del proceso contencioso administrativo y contra su finalidad*.

La debida garantía de los principios de subordinación de la Administración al Derecho y de plena vigencia y eficacia de los derechos de los administrados –a la sazón, postulados del Estado de Derecho- no se logran con una justicia limitada a la pura erudición jurídica, ni con un mandato judicial que, por ser burlado, se quede en el ámbito de los consejos o recomendaciones. Todo lo contrario, una cabal garantía implica una *realización práctica*, que manifieste una comunión entre la erudición jurídica y su realización en los hechos.

Por estas razones, se puede afirmar que los mecanismos procesales de ejecución de sentencias, en cuanto persiguen traducir en la realidad la expresión del Derecho que se hace en la sentencia, también constituyen, en el ámbito de lo práctico, un elemento de garantía y de eficacia de los postulados del Estado de Derecho. Por ende, es necesario que se diseñen en función de la realización de estos postulados.

***4. Una interpretación ideológica y exagerada de ciertos principios válidos puede derivar hacia un resultado de ineficacia del proceso contencioso administrativo***

En este trabajo he podido constatar que la interpretación ideológica y exagerada de ciertos principios que son válidos en su esencia, derivó a la consecuencia de limitar los poderes del Juez, especialmente, el de ejecución de las sentencias adversas a la Administración Pública.

Es el preciso caso de los principios de división de funciones y de inembargabilidad de bienes públicos. La creencia de que la división de funciones supone un aislamiento entre los órganos constitucionales, llegó a la conclusión de que es ilícito que el Juez dirija mandamientos a la Administración Pública. Esta interpretación terminó por entorpecer la realización práctica del Derecho expresado en la sentencia, al tiempo que consagró el privilegio injustificado de la auto-ejecución de que goza la Administración Pública. Por su parte, la idea de que todos los bienes públicos se someten por igual y absolutamente al régimen jurídico del dominio público, incluyendo los de patrimonio del Estado y el dinero, entorpece el cumplimiento de las sentencias pecuniarias que se dictan a favor del administrado.

Los fundamentos dogmáticos que limitan las facultades ejecutivas del Juez respecto de la Administración Pública, si bien son válidos en sus planteamientos esenciales, han sido llevados hacia conclusiones e implicaciones que pueden superarse o replantearse. Un decisivo replanteamiento de la base dogmática sobre la que se asienta la función del Juez Administrativo, y concretamente, respecto de los mecanismos de ejecución de sentencias incidirá en el logro de una mejor justicia administrativa.

Desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, un sistema inadecuado de ejecución de sentencias constituye un atentado a su núcleo esencial. Este derecho fundamental de reconocimiento constitucional es también un referente para eliminar los injustificados privilegios de que goza la Administración Pública y de derogar las limitaciones injustificadas que los ordenamientos jurídicos establecen a la eficiente ejecución de las sentencias adversas a la autoridad administrativa.

## **5. Es conforme con el principio de división de funciones que el Juez ostente poderes eficaces de ejecución de sentencias frente a la Administración Pública**

El principio de división de funciones se expresa como un postulado de moderación en el desempeño de la autoridad y en el ejercicio del poder público, de lo cual se deriva la proscripción de la concentración del poder público y la consecuente incontinencia en su ejercicio. Estos postulados, como se explicó en el capítulo primero, condenan la arbitrariedad y procuran el respeto al orden jurídico y a los derechos de los administrados.

El principio de división de funciones se traduce en la distribución constitucional de facultades, competencias y cometidos entre los órganos públicos, de tal modo que éstos guarden la debida independencia entre sí, pero sin que ello signifique un obstáculo a la colaboración y el mutuo control entre dichos órganos. No obstante, una interpretación exagerada del principio de división de funciones propugna, como consecuencia, la prohibición de que el Juez ejerza facultades de ejecución de sentencias frente a la Administración Pública, lo cual implica la concesión de un privilegio de auto-ejecución que se concede la autoridad administrativa.

Esta interpretación excesiva de la división de funciones sostiene una separación utópica entre los órganos constitucionales, que no se compadece con la unidad de acción que debe existir en el Estado, y sobre todo, que no permite el mutuo control y colaboración entre dichos órganos. Como manifesté en el capítulo sexto, al contrario de lo que pudiera pensarse, la interpretación excesiva del principio de división de funciones termina por tolerar un atentado en toda regla contra este mismo principio, ya que en buena lógica, la Administración incumplidora del mandato judicial expresado en la sentencia, se encontraría *obstaculizando la función constitucional del juez*, que es decir el Derecho y establecer la regla de conducta a la que necesariamente debe someterse la Administración.

Entendido en su verdadera significación y alcance, el principio de división de funciones no impide que el Juez, *en ejercicio de su función constitucional propia, respetando estrictamente su específico método de actuación, y siempre en nombre del Derecho*, pueda constreñir a la Administración Pública para que encauce su obrar según lo que dispone el ordenamiento jurídico, aun mediante el uso de arbitrios judiciales que se dirijan a lograr la ejecución de sentencias. Aquí no existe interferencia ilícita del Juez en la función administrativa, sino una *cabal expresión de la función jurisdiccional que se dirige a hacer efectivo el principio de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública*. En otros términos, que el Juez obligue a la Administración a cumplir las sentencias de ningún modo constituye ejercicio de la función administrativa por parte del juzgador –como creerían los teóricos de la doctrina francesa de la “división de poderes”- sino el *desempeño auténtico de la función jurisdiccional*, en cuanto esta tiene por contenido juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por otra parte, como también indiqué en el capítulo sexto, la proposición de que, a guisa de división de funciones, el Juez no pueda dirigir órdenes a la Administración o constreñirla eficazmente al cumplimiento de las sentencias, termina planteando al Estado de Derecho como un sistema incoherente. En efecto, dicha proposición deja de lado la *necesaria armonía y complementariedad que existe entre el principio de división de funciones, el de subordinación al Derecho y el de responsabilidad pública*. De igual modo, aquella proposición deja sin solución la necesidad de que cada órgano constitucional, dentro de su esfera de competencias,  *ejerza un mutuo control respecto de los demás*, precisamente, para evitar el abuso del poder y la arbitrariedad, de tal modo que se mantengan vigentes y eficaces todos los principios, que como un sistema, constituyen el Estado de Derecho. Aun más, el culto a dicha proposición termina, incluso, olvidando que existen los postulados de subordinación al Derecho y de responsabilidad pública, al tolerar injustificadamente que la Administración *persista en las ilegalidades que advirtió el Juez*.

En este trabajo he planteado que una conceptualización adecuada del principio de división de funciones, que parte de un análisis de su propósito fundamental y

de las garantías que encierra, es coherente con todos los postulados del Estado de Derecho. Este *replanteamiento*, que critica y rechaza interpretaciones exageradas, no sólo que favorece a un sistema eficaz de ejecución de sentencias adversas a la Administración Pública, sino que también lo justifica y favorece. Por el contrario, aquella particular interpretación de que la división de funciones implica una suerte de *separación* absoluta entre órganos independientes y soberanos –tal como la doctrina de la Revolución Francesa plantearía- muestra su incapacidad de adecuarse con los principios de subordinación al derecho y de responsabilidad pública, que deben verse concretados en el acatamiento de las sentencias judiciales. Lo cierto es que tal interpretación del principio de división de poderes – además de impracticable, como en el capítulo primero se dijo- provoca resultados negativos, incluso, en relación con el significado último del Estado de Derecho: la proscripción de la arbitrariedad y el eficaz goce y ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

***6. Las facultades de ejecución del Juez frente a la Administración no pugnan con el bien común ni con el interés general, sino que coadyuvan a su realización***

Es perfectamente válido que la Administración Pública goce de prerrogativas que se dirijan a la realización del fin del Estado y a la atención del interés general. Sin embargo, la noción del fin del Estado y de interés general no puede utilizarse como excusa para el abuso de autoridad, para conceder injustificadas exenciones a la Administración Pública, o como un principio indeterminado e ilimitado que trate de cobijar, con supuesta legitimidad, cualquier conducta o comportamiento.

El fin del Estado, el interés general y la actividad de la autoridad pública se explican siempre en referencia a las necesidades del conglomerado humano que conforma la sociedad política. De ninguna manera tales fin y actividad se pueden entender según aquello que conviene al aparato administrativo, al cuerpo burocrático o al interés del gobernante de turno. Estos criterios son susceptibles

de arbitrarias variaciones y de antojadizas interpretaciones, incluso coloreadas con un tinte ideológico partidista.

El fin del Estado y el interés general tienen estricta relación de contenido con los bienes y valores que permiten la realización plena de las personas, los cuales jurídicamente se expresan en los derechos que reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Es por ello que la tutela de estos derechos, concretamente realizada con el cumplimiento cabal de las sentencias adversas a la Administración Pública, coadyuva a la realización del bien común y del interés general.

### ***7. Es posible proceder al embargo de ciertos bienes de la Administración Pública para cumplir sentencias de carácter pecuniario***

En este trabajo también he criticado la extensión absoluta del privilegio de inembargabilidad de bienes públicos. Es acertado que cierto tipo de bienes, a saber, los de uso público y los afectados al servicio público no sean susceptibles de embargo ni de medida alguna de ejecución. Sin embargo, no es razonable que *todos* los bienes públicos gocen de este privilegio, precisamente, no se justifica en el caso de los bienes del Estado que se someten al régimen jurídico del Derecho privado.

No es equivalente el caso de las calles, los puentes, los monumentos, los trenes del metro o los automóviles policiales, por citar algunos ejemplos, con el caso del dinero, de un automóvil de lujo o de un computador. Estos últimos bienes no son de uso público ni están afectados al servicio público, por lo cual son susceptibles de embargo y disposición para efectos de cumplir una sentencia adversa a la Administración Pública.

La extensión arbitraria del principio de inembargabilidad de bienes públicos, que se hace sin el debido examen de la naturaleza jurídica de los diversos bienes, termina por conceder un nuevo privilegio a la Administración Pública, que le permite dilatar el pago de sus obligaciones dinerarias y vulnerar el derecho del administrado acreedor.

El dinero y los bienes del dominio privado del Estado son perfectamente embargables para hacer honor a las obligaciones de la Administración Pública, ente que participa en el mercado y que no puede gozar de injustas excepciones y favores para eludir sus compromisos y deberes.

**8. A partir de una adecuada comprensión de varios principios válidos, es posible diseñar un sistema eficaz de ejecución de sentencias contencioso administrativas para México y Ecuador**

El sistema de ejecución de sentencias contencioso administrativas en México y en Ecuador se basan en métodos de coerción indirectos, limitados a la compulsión psicológica, y que tropiezan con serias objeciones sobre su posibilidad de servir como medios eficaces de cumplimiento de sentencias. Multar a un funcionario, imponerle una sanción, e incluso, privarle de su libertad, en estricto sentido, *no significa el cumplimiento de la sentencia dictada en contra de la Administración Pública*. El derecho del administrado que fue declarado en una sentencia no se satisface con un funcionario multado, destituido o preso.

Dichos métodos indirectos, por otra parte, también soportan severos reparos porque *el cumplimiento de las sentencias adversas a la Administración Pública no siempre se debe a la culpa, negligencia o desidia de un funcionario perfectamente identificado o identificable*. No debe olvidarse que el cumplimiento de las sentencias contencioso administrativas supone las dificultades de la trama burocrática, de la intervención de diversas dependencias administrativas y de los enredados trámites en los cuales participan varios funcionarios.

En atención a estas dificultades, es necesario que el sistema de ejecución de sentencias contencioso administrativas en México y en Ecuador evolucione hacia técnicas de compulsión directa sobre la propia Administración Pública.

En este trabajo, he planteado un modelo que supone la activa intervención del Juez en la realización de las disposiciones vertidas en sus sentencias, todo lo cual se basa en el replanteamiento de los principios de división de funciones y de inembargabilidad de bienes públicos, a lo cual se suma una interpretación

humanista del interés general. Únicamente con base en un adecuado entendimiento de principios válidos se podrá lograr una superación de las trabas que soporta el sistema mexicano y ecuatoriano de ejecución de sentencias contencioso administrativas, lo cual derivará en un beneficio para los derechos del administrado y en el cabal respeto al orden jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Administrativo Especial*, México, Porrúa, 1999, t. II.

\_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo Especial*, México, Porrúa, 2001, t. I.

ALSINA, Hugo, *Fundamentos de Derecho Procesal*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, t. 4.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press Harla, 1998.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Civitas, 1995.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*, Quito, Ediciones Legales-Corporación Myl, 2005.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. *Los Actos Administrativos Consensuales. Una Técnica para el Ejercicio de la Participación Ciudadana en las Decisiones de la Administración Pública*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, Serie Estudios Jurídicos, No. 35.

\_\_\_\_\_. “La Acción de Inconstitucionalidad de Actos Administrativos”, en Oyarte Martínez, Rafael (Coord.), Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, Proyecto Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea, Tribunal Constitucional del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2005.

\_\_\_\_\_. “La Naturaleza Jurídica de las Relaciones entre los Usuarios de los Servicios Públicos y los Concesionarios”, en Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis (Coord.), *Actualidad del Servicio Público en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, “La Evolución Histórico-Normativa de la Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto de Administración Pública, No. 209, enero-abril de 1987, [http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/209/DA\\_209\\_0199.pdf](http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones_Periodicas/DA/209/DA_209_0199.pdf)

BEZZI, Héctor Osvaldo, "La Teoría del Acto Administrativo: Consideraciones acerca de la Producción Científica en torno a dicha Institución", en Botassi, Carlos (Dir.), *Temas de Derecho Administrativo en Honor al Prof. Dr. Agustín Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES,  
<http://www.cervantesvirtual.com>.

BIDART CAMPOS, Germán, *Lecciones Elementales de Política*, 10a. ed., Buenos Aires, EDIAR, 2000.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 34a. ed., México, Porrúa, 1998.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.

CERVANTES MONTENEGRO, Joaquín, *El Cumplimiento de las Sentencias que Emite el Tribunal Fiscal de la Federación*, México, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 1988.

CHAN, Alfonso, "El Control de Gestión en Colombia", en *La Protección Jurídica de los Administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Ediciones Rosaristas, 1980.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La Ejecución de Sentencias en el Derecho Italiano: Il Iudicio di Ottemperanza", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 059, julio-septiembre de 1988, estudios, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

CHOLBI CACHÁ, Francisco y MERINO MOLINS, Vicente, *Ejecución de Sentencias en el Proceso Contencioso-Administrativo e Inembargabilidad de los Bienes Públicos. Especial Referencia a las Entidades Locales*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

COLMEIRO, Manuel, *Elementos del Derecho Político y Administrativo de España*, Madrid, Imprenta de F. Martínez García, 1870,  
[http://sirio.ua.es/libros/BEconomicas/elementos\\_derecho/index.htm](http://sirio.ua.es/libros/BEconomicas/elementos_derecho/index.htm).

\_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo Español*, 4a. ed., Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, 1876, t. II, pp. 355-358, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/derechoAdministrativoEspañolT2.pdf>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA PROMULGADA EN CÁDIZ A 19 DE MARZO DE 1812, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02438387547132507754491/p0000001.htm#l\\_1\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02438387547132507754491/p0000001.htm#l_1_).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA PROMULGADA EN CÁDIZ A 19 DE MARZO DE 1812, edición digital, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12260843118006070754624/thm0000.htm>.

CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 23 DE MAYO DE 1845, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/89148403210358584743457/p0000001.htm#l\\_11\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/89148403210358584743457/p0000001.htm#l_11_).

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, Boletín de Prensa No. 93/2009 de 6 de abril de 2009, <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=bol9309>.

\_\_\_\_\_. Recomendación No. 3/2009, <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=reco0309>.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2002.

CORDÓN MORENO, Faustino, *La Legitimación en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1979.

CORTINA GUTIÉRREZ, Alfonso, "El Control Administrativo de la Legalidad y de la Facultad Discrecional", *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Ensayos para Conmemorar el XXV Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, Primer Número Extraordinario, 1969.

CUEVAS FIGUEROA, Pedro, "Principios de Defensa del Gobernado ante un Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo", en Nava Negrete Alfonso, Vega Hernández, Rodolfo y Robles Ordóñez, Ramón (coord.), *Justicia Administrativa en México y en Iberoamérica, Revista de Estudios de Derecho Público*, México, Num. 1, diciembre de 2001, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Municipio de Colón, Querétaro, 2002.

DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoría General del Derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, t. II.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002.

DOU Y BASSOLS, Ramón Lázaro, *Instituciones de Derecho Público General de España con Noticia del Particular de Cataluña, y de las Principales Reglas de Gobierno en Cualquier Estado*, Madrid, Oficina de Benito García y Compañía, 1800, t. II, [http://bvrajyl.insde.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000347](http://bvrajyl.insde.es/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000347).

DUPUIS, Georges, GUÉDON, Marie-José y CHRÉTIEN, Patrice, *Droit Administratif*, 7e. édition, Paris, Dalloz, 2000.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1980.

\_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.

ESPAÑA, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *Boletín Oficial del Estado*, No. 167, 14 de julio de 1998, [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/16718](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/16718).

\_\_\_\_\_. *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es>.

\_\_\_\_\_. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 9a. ed., Madrid, Imprenta del Boletín Oficial del Estado, 1976.

\_\_\_\_\_. *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>.

\_\_\_\_\_. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002.

\_\_\_\_\_. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, mayo de 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Fiscal de la Federación, "Ley de Justicia Fiscal", *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Ensayos de Derecho Administrativo y Tributario para Conmemorar el XXV Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, Primer Número Extraordinario, México, 1969.

\_\_\_\_\_. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, materia administrativa, jurisprudencia, México, 2000, t. III.

ESCOLA, Héctor, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

ESPINOSA, Galo, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Recopilación de la Totalidad de las Resoluciones en el Período 1968-1993*, Quito, publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República del Ecuador, 1992.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994.

\_\_\_\_\_. "De Nuevo sobre la Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas", *Revista de Administración Pública*, número 84, septiembre-diciembre, 1977, p. 267, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977\\_084\\_263.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977_084_263.PDF).

\_\_\_\_\_. "Una Revolución de Terciopelo Pone Fin a un Anacronismo (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso-frances)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 091, julio-septiembre de 1996, estudios, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

\_\_\_\_\_. "Algunas Reflexiones sobre las Formas Indirectas de Incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Revista de Administración Pública*, No. 73, enero-abril de 1974, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1974\\_073\\_151.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1974_073_151.PDF).

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *El Acto Administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1929.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, serie Doctrina Jurídica, Núm. 277.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *El Control Jurisdiccional de los Reglamentos. Procedimiento Administrativo, Proceso Judicial y Potestad Reglamentaria*, Barcelona, Atelier, 2002.

FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, 22ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, t. I.

FERRER ARELLANO, Joaquín, *Filosofía de las Relaciones Jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Fernando Garrido Falla y Gómez Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 44a. ed., México, Porrúa, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Transformación del Contencioso-Administrativo Francés: La Reforma Radical del Sistema de Ejecución de Sentencias", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 068, octubre-diciembre de 1990, estudios, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

\_\_\_\_\_. "Los Postulados Constitucionales de la Ejecución de las Sentencias Contencioso-Administrativas", *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto de Administración Pública, No. 209, enero-abril de 1987, [http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/209/DA\\_209\\_0007.pdf](http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones_Periodicas/DA/209/DA_209_0007.pdf).

\_\_\_\_\_. "Sobre el Principio de Inembargabilidad, sus Derogaciones y sus Límites Constitucionales y sobre la Ejecución de Sentencias Condenatorias de la Administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 052, octubre diciembre de 1986, estudios, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. I.

\_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Administrativo*, 9a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. II.

\_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Madrid, Civitas, 1989, t. I.

\_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Administrativo*, II, 3ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1991, t. II.

GARCÍA-ESCUADERO, Piedad, "Seguridad Jurídica", *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, 2001, CD-ROM.

GARCÍA OVIEDO, Carlos y MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., Madrid, EISA, 1968.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991.

GARRIDO FALLA, Fernando, "La Materia Contencioso-Administrativa: Actos Impugnables y Pretensiones de las Partes", en *El Contencioso-Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1988.

\_\_\_\_\_. "El Interés para Recurrir en Agravios", *Revista de Administración Pública*, No. 9, septiembre-diciembre de 1952, p. 157, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952\\_009\\_157.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952_009_157.PDF).

\_\_\_\_\_. "La Evolución del Recurso Contencioso-Administrativo en España", *Revista de Administración Pública*, No. 55, enero-abril de 1968, pp. 17-21, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1968\\_055\\_009.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1968_055_009.PDF).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985.

\_\_\_\_\_. *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002.

\_\_\_\_\_. "Los Presupuestos Procesales en el Ordenamiento Procesal Administrativo Mexicano", en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz, Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

\_\_\_\_\_. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Derecho Procesal Administrativo Federal*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo: la Defensa del Usuario y del Administrado*, 1a. ed. Colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, 1a. ed. colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Administrativo: el Acto Administrativo*, 1a. ed. Colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998.

GRANJA GALINDO, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 2a. ed., Quito, Editorial Universitaria, 1992.

GUAITA, Aurelio, “El Concepto de Acto Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, No. 007, Octubre-Diciembre de 1975, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

\_\_\_\_\_. “Ejecución de Sentencias en el Proceso Administrativo Español”, *Revista de Administración Pública*, No. 9, septiembre-diciembre, 1952, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952\\_009\\_055.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952_009_055.PDF).

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Guayaquil, EDINO, 1992.

HERRERA GÓMEZ, Jesús Javier, *El Contencioso Administrativo Federal*, México, Porrúa, 2007.

HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 1986.

\_\_\_\_\_. *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, 4a. ed., Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1998.

HUTCHINSON, Tomás, “La Ejecución de Sentencias contra el Estado en Argentina”, en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (coord.), *Contencioso Administrativo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

ITURBE RIVAS, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004.

JUAN XXIII, *Carta Encíclica Mater et Magistra*, [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_sp.html).

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, I, 4a. ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985.

LONG, Marceu *et. al.*, *Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, trad. de Leonardo Torres y Humberto Mora Osejo, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Comentario a la LJCA de 1998" (artículo 110), *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 100, octubre-diciembre de 1998, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y Práctica del Contencioso Administrativo Federal*, 9a. ed., México, Porrúa, 2006.

MAIRAL, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, "El Contencioso Administrativo Objetivo y Subjetivo en la Nueva Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo", *Res Publica*, Año 2, No. 4, enero-abril de 2006, [www.fomujad.org/publicaciones/index.php?act=category&id=1](http://www.fomujad.org/publicaciones/index.php?act=category&id=1).

\_\_\_\_\_. *Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MARTÍN CONTRERAS, Luis, *La Extensión de Efectos de las Sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Materia Tributaria y de Personal*, Granada, 2000.

MARTÍN DELGADO, Isaac, *Función Jurisdiccional y Ejecución de Sentencias en lo Contencioso-Administrativo. Hacia un Sistema de Ejecución Objetivo Normalizado*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 21a. ed., Madrid, Trivium, 2002.

MARTÍNEZ GODINEZ, María Concepción, "La Sentencia, sus Efectos, su Cumplimiento y la Plena Jurisdicción", *A los LXX Años de la Ley de Justicia Fiscal*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, agosto de 2006, t. III.

MARTÍNEZ RÍOS, Juana y REYES ALTAMIRANO, Rigoberto, *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo Comentada, Anotada y Jurisprudencia*, México, Tax Editores Unidos, 2008.

MODERNE, Franck, "La Evolución de la Justicia Administrativa en Francia", *Revista del Poder Judicial*, No. 47, tercer trimestre de 1997, Donostia-San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004, versión en CD-ROM.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de, *El Espíritu de las Leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, t. I, <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00759-el-espiritu-de-las-leyes-montesquieu-tomos-i-y-ii.html>.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Gonzalo, "La Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo", *Revista Ruptura*, año XL, No. 33, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1989.

NAVA NEGRETE, Alfonso, "Sobre la Justicia Administrativa en México", en Nava Negrete, Alfonso y Sánchez Gómez, Narciso, *Justicia Administrativa en México*, colección Derecho, Administración y Política, No. 2, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.

NIETO, Alejandro, "La Discutible Supervivencia del Interés Directo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 12, enero-marzo de 1977, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

\_\_\_\_\_. "Los Orígenes de lo Contencioso-Administrativo en España", *Revista de Administración Pública*, No. 50, 1966, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1966\\_050\\_027.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1966_050_027.PDF).

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Madrid, Ariel, 2003.

\_\_\_\_\_. "El Estado Social de Derecho", en Rujana Quintero, Miguel (Comp.), *Filosofía del Derecho: Ética, Cultura y Constitución*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

\_\_\_\_\_. "La Participación en el Estado Social", en Rujana Quintero, Miguel (Comp.), *Filosofía del Derecho: Ética, Cultura y Constitución*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

\_\_\_\_\_. "Los Poderes de Ejecución del Juez Contencioso-Administrativo: la Ley Francesa de 16 de julio de 1980", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 33, abril-julio de 1982, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.

PASO Y DELGADO, Nicolás de, *Teoría de los Procedimientos Contencioso-Administrativos de España y sus Posesiones de Ultramar*, Madrid, El Progreso Editorial, 1889, <http://fama2.us.es/fde/exposicionHistoricoExegetica.pdf>.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 8a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.

PONCE MARTÍNEZ, Alejandro, *Derecho Procesal Orgánico*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1991.

POSADA DE HERRERA, José de, *Lecciones de Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, t. I.

RAMÍREZ ARCILA, Carlos, *Fundamentos Procesales y Pretensiones Contencioso-Administrativas*, Bogotá, Temis, 1983.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

REPÚBLICA DEL ECUADOR, Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, *Boletín Oficial*, No. 9, Quito, 1990, pp. 209-212.

\_\_\_\_\_. Ministerio del Relaciones Laborales, <http://www.mintrab.gov.ec>

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Le Conseil d'État*, <http://www.conseil-etat.fr>.

\_\_\_\_\_. *Legifrance, le Service Public de la Diffusion du Droit*, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

RIVERO, Jean, "El Hurón en el Palacio Real o Reflexiones Ingenuas sobre el Recurso por Exceso de Poder", en Rodríguez, Libardo (Dir.), *Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje*, Bogotá, Universidad del Rosario, Editorial Temis, 2002.

\_\_\_\_\_. "Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo", en Rodríguez, Libardo (Dir.), *Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje*, Bogotá, Universidad del Rosario, Editorial Temis, 2002.

\_\_\_\_\_. "El Demandante frente al Juez Administrativo", en Rodríguez, Libardo (Dir.), *Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje*, Bogotá, Universidad del Rosario, Editorial Temis, 2002.

ROBBERS, Gerard, "El Estado de Derecho y sus Bases Éticas", en Thesing, Josef (Comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3a. ed. Buenos Aires, Astrea, 2001.

- SALA SÁNCHEZ, Pascual, “La Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa”, en *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- SÁNCHEZ RIVERA, Pedro, “Principios del Proceso”, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, 2001.
- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, “La Nueva Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Civilizar, Revista Electrónica de Difusión Científica*, Bogotá, junio de 2005, Universidad Sergio Arboleda, [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/nueva\\_administracion\\_publica.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/nueva_administracion_publica.pdf)
- SARRÍA, Consuelo, “Control Judicial de la Administración Pública”, en *Justicia Administrativa*, Tucumán, Ediciones UNSTA, 1981.
- SERRA ROJAS, Andrés, “Consideraciones Generales sobre el Problema de la Justicia Administrativa”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Ensayos para Conmemorar el XXV Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, Primer Número Extraordinario, 1969.
- SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Manuel, “La Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas: Nuevos Horizontes”, *Revista del Poder Judicial*, Nos. 41-42, 1996, Donostia-San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2004, versión en CD-ROM.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Los Fundamentos Históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- SOSA WAGNER, Francisco y QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “La Ejecución de las Sentencias Contencioso-Administrativas”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto de Administración Pública, No. 209, enero-abril de 1987, [http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones\\_Periodicas/DA/209/DA\\_209\\_0017.pdf](http://www.inap.map.es/datos/Publicaciones_Periodicas/DA/209/DA_209_0017.pdf).
- THÉRY, Jean-François, “Eficacia de la Jurisdicción Administrativa en Francia y la Ejecución de Sentencias”, *El Contencioso Administrativo México-Francia*, Memoria del Seminario Internacional, México, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, Conseil d’Etat, 1999.

- THESING, Josef, "Estado de Derecho y Democracia: una Introducción", en Thesin, Josef (Comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999.
- TINAJERO VILLAMAR, Francisco, "Incidencia de las Reformas Constitucionales en el Contencioso Administrativo", en *Cuaderno Jurídico "Reformas Constitucionales"*, Quito, Fundación Hans-Seidel, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1993.
- \_\_\_\_\_. "El Contencioso-Administrativo en el Ecuador", conferencia dictada el 20 de noviembre de 1986 en el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Los Cien Años de la Constitución", *Revista Ruptura*, Año XLI, No. 35, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1990.
- \_\_\_\_\_. "La Potestad Reglamentaria", en Salgado Pesantes, Hernán (Comp.), *La Reforma de la Constitución*, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988.
- TOBAR DONOSO, Julio, *Elementos de Ciencia Política*, 4a. edición, Quito, EDUC, 1981.
- TORNOS MAS, Joaquín, "Comentario a la LJCA de 1998", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 100, octubre-diciembre de 1998, Madrid, Civitas, 1999, versión en CD-ROM.
- TREVIÑO GARZA, Adolfo, *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004.
- URRUTIGOITY, Javier, "El derecho Subjetivo y la Legitimación Procesal Administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Ediciones Depalma, 1995.
- VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/467/7.pdf>.
- VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, trad. de la 6a. ed. francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980.
- VELÁZQUEZ BAQUERIZO, Ernesto, *La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995.
- VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, "En Defensa de la Conciliación en el Contencioso Administrativo", en Cisneros Farías, Germán, Fernández Ruiz, Jorge y López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.), *Justicia Administrativa*, México, Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1999.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de la 5a. ed. italiana por Héctor Masnatta, Buenos Aires, Editorial Arayú, 1954, t. I.

ZARINI, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.