

EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ECUADOR: UNA APROXIMACIÓN DIDÁCTICA

A DIDACTICAL APPROACH TO THE PROCEDURE OF THE ADMINISTRATIVE COURT TRIALS

O PROCESSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NOS EQUADOR: UMA APROXIMAÇÃO DIDÁTICA

*José Gabriel Terán Naranjo**

Recibido: 11/IV/2023

Aceptado: 07/VI/2023

Resumen

Este artículo describe, de manera sencilla, el proceso contencioso administrativo, desde la presentación de la demanda y su contestación, la audiencia preliminar y de juicio, hasta la interposición del recurso extraordinario de casación, en sus distintas fases escrita y oral. En este contexto, el rol de los abogados tiene una trascendencia determinante en el resultado del juicio. Por una parte, el letrado de la parte accionante alegará y acreditará que una determinada decisión administrativa adolece de nulidad por no cumplir con los requisitos de validez; mientras que, por otra parte, la defensa técnica de la entidad demandada buscará que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente ratifique la presunción de legitimidad de dicha decisión.

Palabras clave: Oralidad; Escritura; Audiencia; Casación; Motivación; Abogado; Defensa; Causales

Abstract

This article presents a simple way to describe the procedure used by Administrative Courts in Ecuador from the moment the claim is filed and responded, continuing with the trial hearings until the filing of the extraordinary appeal of cassation, in its different written and oral phases. In this context, the role of lawyers has a determining importance for the outcome of the trial. On one hand,

the plaintiff's lawyer will allege and prove that a specific administrative decision is null and void because it does not meet the validity requirements, while, on the other hand, the technical defense of the defendant entity will seek that the Administrative Courts ratify the said decision's presumption of legitimacy.

Keywords: Orality; Writing; Hearing, Appeal; Motivation; Lawyer; Defense; Grounds

Resumo

Este artigo descreve, de maneira simples, o processo contencioso administrativo desde a interposição da petição e a contestação a petição, a audiência preliminar e de juízo até a interposição do recurso extraordinário de cassação, em suas distintas fases escrita e oral; e, nesse contexto, o papel dos advogados tem uma transcendência determinante no resultado do juízo. Por uma parte, o letrado da parte que interpõe a demanda alegará e provará que uma determinada decisão administrativa padece de nulidade por não cumprir com os requisitos de validade, enquanto, a outra parte, a defesa técnica da entidade demandada buscará que o Tribunal do Contencioso Administrativo competente ratifique a presunção de legitimidade da decisão.

Palavras-chave: Oralidade; Escritura; Audiência; Cassação; Motivação; Advogado; Defesa; Causais

* Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador por la Universidad de Las Américas, magister en Derecho Administrativo y Contratación Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar, magister en Abogacía por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, magister en Derecho de la Empresa y de los Negocios por la Universidad de Barcelona, especialista superior en Tributación y Especialista en Contratación Pública y Modernización del Estado, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Es profesor de posgrado y pregrado, y coordinador jurídico de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Correo electrónico: jose.teran@udla.edu.ec

Cómo citar este artículo: Terán Naranjo, José Gabriel. 2023. "El proceso contencioso administrativo en Ecuador: una aproximación didáctica". Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.o 19: 190-202.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

¿Qué es dar un argumento? Anthony Weston, en su libro *Las Claves de la Argumentación*, señala que dar un argumento es “ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión” (Weston 1994, 24). Entonces, argumentar no es un sinónimo de una mera afirmación de ciertas opiniones que muchas de las veces afloran desde los prejuicios, desde el desconocimiento o desde la simple inconformidad respecto de algo que nos afecta o nos incomoda. La argumentación es un medio para indagar que permite enriquecer un debate y justificar una postura y, en la labor de los abogados, persuadir a quien toma una decisión dentro del proceso judicial.

En la materia administrativa, por ejemplo, el argumento central no debe versar en que el “Acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa” (art. 98). Ni se necesita argumentar que el hecho administrativo es una actividad de carácter “material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo” (art. 127), definiciones del acto administrativo y del hecho administrativo establecidas en el Código Orgánico Administrativo, respectivamente.

Estas definiciones, que van a sostener los argumentos, deben ser dominadas y exponerlas de forma clara en textos escritos y disertaciones orales, pero lo más importante radica en el problema jurídico. Por ejemplo:

Sí, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, pero en el caso concreto, ¿cumple con los requisitos de validez? o ¿la persona fue debidamente notificada para que pueda ejercer sus derechos? Sí, el hecho administrativo es una actividad de carácter material, pero en el caso *in examine*, ¿ocasionó algún daño que la Administración pública está obligada a reparar?

Con este contexto, este artículo, de manera sencilla y concreta, describirá cada uno de los momentos del proceso contencioso administrativo, es decir, desde la presentación de los actos de proposición, el desarrollo de las audiencias previstas en la ley y la interposición y sustentación del recurso de casación, para lo cual se ha hecho una revisión de la ley, jurisprudencia y doctrina especializada en la materia administrativa y contenciosa administrativa, así como también se recogen las experiencias vividas en la práctica profesional.

El artículo cuenta con una introducción y con secciones que hablan sobre la argumentación y motivación, como cuestiones distintas, pero excluyentes la una de la otra. Más adelante, nos centramos en el proceso contencioso administrativo, poniendo énfasis en dos momentos importantes que suceden en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo: lo escrito y lo oral. En cada uno de esos momentos se pretende demostrar la importancia de la argumentación jurídica para que las partes procesales puedan exponer con solvencia su teoría de caso. Finalmente, el artículo pone en conocimiento del lector los hitos más importantes de la casación en materia administrativa: concesión, admisión y sustentación en audiencia del recurso.

LA ARGUMENTACIÓN Y LA MOTIVACIÓN

Para abordar este tema, es importante distinguir entre la motivación y la argumentación, sin pretender, bajo ningún concepto, indicar que son temas aislados o excluyentes. En el ordenamiento jurídico del Ecuador, la motivación tiene rango constitucional, conforme

el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República; en consecuencia, es una obligación del poder público. Las sentencias y los autos deben estar estructurados sobre la base de las normas y los principios jurídicos aplicables a los hechos del caso.

La motivación es un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico que realiza el juez para resolver una controversia que ha sido puesta en su conocimiento.

Además de la previsión constitucional sobre la motivación, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), que regula la actividad procesal “en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso” (art. 1), señala:

Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.

En este mismo contexto, el Código Orgánico de la Función Judicial, que regula, entre otras cuestiones, “las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia” (art. 2), en su artículo 130 se refiere a las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. En la línea de la motivación, el numeral 4 de dicho artículo ordena:

Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos [...].

Así, las normas constitucionales y legales citadas asignan una responsabilidad importante a los juzgadores en cuanto se refieren a la motivación, porque exigen

que sus providencias, esto es, sentencias y autos, cuenten con una argumentación jurídica suficiente que permita transmitir a los justiciables las razones que ha tenido el juzgador para decidir la controversia.

Al respecto, resulta relevante destacar que la Corte Constitucional, en su sentencia no. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, señaló:

en suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. (19)

En este sentido, la propia Corte Constitucional, en esta misma sentencia, desarrolla estos dos elementos de la siguiente manera:

la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. [...] la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. (20)

Los elementos antes referidos responden al estándar de suficiencia que consiste en:

el grado de desarrollo argumentativo que razonablemente se debe exigir para dar por suficiente la fundamentación normativa o la fundamentación fáctica de una argumentación jurídica. El referido estándar señala cuán riguroso debe ser el juez frente a la motivación que examina. La determinación del referido estándar va a depender del tipo de caso de que se trate. (22)

Con esta sentencia, la más alta Corte en materia constitucional, se alejó del tradicional test de motivación, esto es: razonabilidad, comprensibilidad y lógica. A modo

de contexto, el test sustituido fue establecido el 21 de junio de 2012, mediante la Sentencia no. 227-12-SEP-CC, como un procedimiento ideado para establecer si en un caso concreto se ha vulnerado o no la garantía de la motivación. Sin embargo, la actual Corte Constitucional ha indicado que ese test distorsiona el alcance de la motivación, puesto que exigía a los juzgadores una fundamentación correcta y no una suficiente.

Frente a este cambio de línea jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sus sentencias dentro de las causas no. 17811-2013-0591, 11804-2019-00029 y 11804-2018-00268, entre otras, ha acogido estos nuevos parámetros de motivación y ha dicho que:

De esta forma, una argumentación jurídica mínimamente completa está compuesta por suficientes fundamentos fácticos, sobre los antecedentes de hecho y su prueba; y suficientes fundamentos jurídicos, en el sentido de enunciar las normas y principios jurídicos y la aplicación de estos a los antecedentes de hecho –pertinencia–.

Por otro lado, la argumentación es una tarea propia del abogado, y esta tarea en el sistema de justicia actual resulta relevante. A diferencia del sistema anterior, regulado básicamente por el Código de Procedimiento Civil, y con la vigencia del Código Orgánico General de Proceso, desde el 23 de mayo de 2016, las causas se sustancian, en todas las instancias, fases y diligencias, mediante el sistema oral (Art. 4 del COGEP), cuya dirección está en manos del juzgador. Sin embargo, hay ciertos actos procesales que deben realizarse por escrito, entre otros: la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción, la contestación a la reconvencción y el anuncio de la prueba. Es decir, y en palabras del abogado y jurista uruguayo Enrique Vescovi, en Teoría General del Proceso: “prácticamente no hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, sino que todos son mixtos” (Vescovi 2006, 51). El artículo 168 de la Constitución de la República del

Ecuador señala que la sustanciación de los procesos “se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”, situación que también está prevista en el artículo 4 del COGEP.

El mismo Vescovi nos enseña que:

Los procesos que se consideran orales, tienen, en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación y casación, también escritos. Son, por lo tanto, mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos procesos por audiencia, ya que en esta (trial) es donde se realiza la parte sustancial al juicio. (2006, 51)

Y la oralidad es un interesante escenario para el ejercicio de la argumentación en el Derecho Administrativo y en el proceso contencioso administrativo. Recordemos también que el Código Orgánico Administrativo, que fue publicado en el año 2017 y entró en vigencia en el 2018, también prevé la oralidad cuando señala que “la administración pública puede convocar a las audiencias que requiera para garantizar la inmediación en el procedimiento administrativo, de oficio o a petición de la persona interesada”, esto según el artículo 137.

Así, la motivación y la argumentación son elementos que forman parte del mundo jurídico. Sin embargo, la motivación es una obligación del poder público que proscribe la arbitrariedad, el abuso de la administración pública y garantiza un verdadero estado de Derecho; así como también es un derecho de las personas para conocer los motivos jurídicos y fácticos que el servidor público o la autoridad judicial emplearon para resolver su situación jurídica. Por otra parte, la argumentación jurídica es ofrecer razones que buscan convencer al tribunal sobre una cuestión específica, es una técnica que amerita una especialización teórica y práctica.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Situémonos en el proceso contencioso administrativo, cuya finalidad es el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público, de conformidad con el inciso primero del artículo 300 del COGEP que, a la letra, señala:

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

Según Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en su obra *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, cuando se refiere al fundamento y finalidad del proceso contencioso-administrativo, nos enseña que:

El fundamento primero y último 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 al gobernante por sus actos. (2007, 38-39)

Por su parte, Vicente Escuin Palop, en *Elementos de Derecho Público*, pone de manifiesto las características

del proceso contencioso-administrativo y destaca la siguiente:

El proceso contencioso constituye un sistema de fiscalización total y no meramente anulatoria. Lo que significa que, si bien toda sentencia debe declarar la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa con el Derecho, puede incluir el «reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma. (2014, 229)

En este contexto, el proceso contencioso administrativo supone una disputa con el ejercicio del poder público y se erige no solo como un mecanismo meramente revisor de la legalidad de la decisión administrativa, sino como un verdadero instrumento de control de la actividad administrativa con carácter plenario, desde la exclusiva óptica de la legalidad y bajo la vigencia del principio dispositivo; es decir, tutela los derechos de toda persona y realiza el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho administrativo.

El alcance del control de legalidad en su relación con la tutela de Derecho es tan relevante que la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede incorporar el reconocimiento de una situación jurídica particular y establecer las medidas que sean necesarias para el restablecimiento de los derechos conculcados por el ejercicio abusivo o irregular de la función administrativa.

EN EL MOMENTO ESCRITO

Según el artículo 141 del COGEP, “todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas por [dicho] código”. Entonces, el proceso contencioso administrativo inicia con la demanda que

presenta, en la mayoría de casos, una persona natural o jurídica que ha recibido una afectación o gravamen de una entidad estatal; por ejemplo, una resolución con la que se destituyó a un servidor público, una decisión de terminación unilateral de un contrato, la

imposición de una multa, el no pago de unas planillas de obra, la determinación de una responsabilidad civil, entre otros.

Dicha demanda contendrá los requisitos establecidos en el artículo 142 del COGEP. Desde ese momento, la argumentación jurídica que el abogado plasme en este acto de proposición marcará el destino del proceso, puesto que la defensa técnica del accionante, no solo tendrá que cumplir estrictamente con los requisitos de la demanda, sino que deberá construir una teoría sobre la base de los hechos y las normas aplicables al caso en cuestión. El abogado hará un esfuerzo intelectual para conectar el elemento fáctico, el Derecho, y los demás medios probatorios que permitan establecer su teoría del caso. A modo de ejemplo, veamos lo que dispone el artículo 142 en sus numerales 5, 6 y 7 del COGEP.

El artículo 142.5 del COGEP señala que se hará una “narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados”. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente espera que la defensa técnica del accionante realice una narrativa ordenada y concreta de los elementos fácticos, con una identificación precisa del marco temporal en el que sucedieron los hechos que narra, individualizando a las personas que intervinieron en cada uno de esos momentos y cuál fue su participación, sus cargos y sus competencias, lo que hicieron o lo que dejaron de hacer, puesto que la defensa técnica debe estar clara que dicho tribunal no conoce que sucedió.

Observemos la construcción de este requisito: “narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados” (art. 142 del COGEP). Es decir, que esta narración de hechos tiene relación directa con las pretensiones que busca el accionante y que aspira que el tribunal las acepte. Así las cosas, no se cumple con este requisito con una simple transcripción de hechos aislados y narrados de forma general o, peor aún, contados de una forma desorganizada.

Por otra parte, el artículo 142 numeral 6 del COGEP se refiere a los “fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y

precisión”. Si bien, el tribunal conoce el Derecho bajo el principio *iura novit curia*, es indispensable que la defensa técnica señale, de manera diáfana y exacta, los principios y normas jurídicas aplicables al caso concreto; y así evitar una citación exagerada que deje ver una deficiencia en la técnica argumentativa del abogado patrocinador.

En este orden de ideas, y respecto al anuncio probatorio previsto en el artículo 142 numeral 7 del COGEP, fijémonos que, a través de los distintos medios de prueba (testimonial, pericial y documental), la defensa técnica le ofrece al tribunal que acreditará los hechos que fueron narrados en el numeral 5. Para esto:

Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. (COGEP, art. 7, numeral 7)

En el proceso contencioso administrativo la defensa técnica del accionante está llamada a desvirtuar la presunción de legitimidad que amparó al acto administrativo. Según el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo: “Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación”. Rubén Flores Dapkevicus, en su *Tratado de Derecho Administrativo Uruguayo*, señala:

Los actos administrativos se presumen legítimos, conforme con el orden jurídico y la legalidad. La presunción es relativa. Admite prueba en contrario que la destruya. Es decir que el impugnante debe probar la ilegitimidad del acto y revertir la presunción indicada. (2021, 219)

Por su parte, Efraín Pérez, en *El acto administrativo, sobre la presunción de legitimidad en conexión con el artículo 329 del COGEP*, advierte: “La referencia a

la ‘presunción’ de legitimidad le atribuye el efecto corriente de las presunciones, que es de invertir la carga de la prueba, es decir que los actos administrativos se presumen legítimos, mientras no se pruebe lo contrario” (Pérez 2021, 90).

Así las cosas, el accionante, respecto del acto administrativo que se impugna, alegará y acreditará, por ejemplo, que fue emitido por autoridad incompetente en razón de materia, territorio, tiempo y grados; que no se ha respetado el debido procedimiento, que no cuenta con la suficiente motivación, que no hay la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción administrativa, entre otras cuestiones que pueden afectar la validez del acto administrativo en cuestión. No bastará con hacer estas alegaciones, sino que se acreditarán con el acervo probatorio que el accionante pueda ofrecer, en función de las reglas que el COGEP prevé al respecto.

Lo dicho tiene relación con la postura del accionante. Dicha demanda tiene un destinatario, que es el Estado y, de forma puntual y concreta, la entidad pública que forma parte del sector público y que, a través de actos administrativos, tiene la posibilidad de crear, modificar y extinguir derechos subjetivos en las personas.

En este punto, cabe señalar que la Procuraduría General del Estado juega un rol relevante en el proceso contencioso administrativo, porque en los casos en los que la entidad demandada no cuente con personería jurídica, es decir, con capacidad suficiente para intervenir en un litigio, será citada con la demanda, de conformidad con la letra b) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que señala que corresponde, de manera privativa al

Procurador General del Estado, “representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público”. Por lo tanto, la defensa técnica del accionante no puede olvidar demandar también al Procurador General del Estado, porque, de no hacerlo, permitirá que la entidad demandada, al momento de contestar la demanda, alegue la excepción previa de falta de legitimación en la causa de la parte demandada, según el artículo 153 del COGEP.

El cuerpo de abogados del servicio público también está llamado a contestar la demanda bajo argumentos sólidos, creíbles y veraces. No es cuestión que el acto de proposición de contestación de la demanda sea una transcripción de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, sino que además de identificar dichas normas, corresponde, si cabe el término, defender el acto administrativo; porque de confirmarse la teoría del actor, el desenlace será que el Tribunal Contencioso Administrativo declare la nulidad de dicho acto, lo que dejaría en evidencia que esa administración pública habría ejercido el poder de manera abusiva o irregular.

Para cerrar este primer hito, podemos decir que, en un primer momento de un proceso contencioso administrativo, la argumentación de ambas partes consta por escrito: demanda y contestación a la demanda. En este momento, el actor sostiene la ilegitimidad del acto administrativo y, por lo tanto, pide al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que declare la nulidad de dicho acto; mientras que la entidad demandada justifica la legitimidad de dicha resolución y pide que se deseche la demanda y se ratifique la validez del acto.

EN EL MOMENTO ORAL

Para abordar el momento oral del proceso contencioso administrativo, esto es la realización de la audiencia, es preciso recordar, salvo controversias puntuales, que este proceso se ventila en procedimiento ordinario, según lo dispone el artículo 327 del COGEP. Dicho proceso cuenta con dos audiencias:

preliminar y de juicio. Esta distinción resulta importante, porque es fundamental que los abogados tengan absoluta claridad sobre el momento procesal en el que se encuentra el proceso, puesto que en cada uno de ellos se llevará a cabo una u otra actividad procesal; y es en función del momento procesal que

se determina qué tema corresponde argumentar. Para llegar a este momento del proceso contencioso administrativo, el juez ponente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente en razón del sorteo de ley, a través de un auto de sustanciación, convocará a las respectivas audiencias (ya sea preliminar o de juicio, según corresponda) que se llevarán a cabo en la fecha, día, hora y lugar señalados en la respectiva providencia.

En la audiencia preliminar corresponde resolver acerca de las excepciones previas, entendidas como mecanismos de defensa a favor del demandado y que, de manera taxativa, están previstas en el artículo 153 del COGEP. En caso de que la entidad demandada haya propuesto excepciones previas en su contestación a la demanda, la audiencia preliminar es el momento en el que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo espera del abogado institucional la debida argumentación acerca de la procedencia de una determinada excepción, puesto que no basta con alegarla, sino que, en audiencia, se explicarán sus razones; sobre todo por los efectos que puede traer para el proceso en caso de que el Tribunal acepte una de ellas.

A modo de ejemplo, si la entidad pública advierte que la demanda ha sido presentada fuera de los plazos previstos en la ley, tendrá la oportunidad de plantear la excepción previa de caducidad en la contestación a la demanda y podrá argumentar su procedencia en la audiencia preliminar.

Si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo verifica tal situación, en sentencia, declarará que el derecho de acción ha caducado y ordenará el archivo de la causa. Por otra parte, la defensa técnica del accionante tendrá la oportunidad de contestar acerca de la excepción planteada y ofrecer al Tribunal los argumentos suficientes para que tal alegación sea desechada y que el proceso continúe.

En la audiencia preliminar hay otra fase de vital importancia para los intereses de cada una de las partes: la fijación del objeto de la controversia. Aquí la argumentación juega un rol determinante, toda vez que en función de la fijación del punto del debate se perfilarán los alegatos de apertura y final, así como el desfile

probatorio. Una vez saneado el proceso y declarada la validez procesal, resueltas las excepciones previas y fijado el objeto materia de la controversia, corresponde a las partes procesales realizar el anuncio probatorio. En esta fase el actor y la entidad demandada deberán, además de anunciar las pruebas con las que pretendan probar su teoría del caso, justificar la pertinencia, utilidad y conducencia de cada elemento probatorio, para que el tribunal llegue al convencimiento de que esas pruebas tienen relación con el objeto materia del debate.

Después de superar la fase del alegato inicial, corresponde la producción de la prueba. En este punto resulta indispensable que los abogados tengan una estrategia probatoria clara. Recordemos que en el sistema ecuatoriano rige el principio de libertad probatoria, que se plasma en la posibilidad de establecer, libremente, el orden en el que se producirán las pruebas que han sido admitidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Habíamos indicado que el proceso contencioso administrativo incluye dos audiencias. Una vez que se ha explicado lo correspondiente a la audiencia preliminar, haremos unos apuntes sobre la audiencia de juicio. Esta inicia con un alegato de apertura, seguido de la producción de la prueba y, por último, un alegato final.

El alegato de apertura es la primera oportunidad que tiene el abogado para presentar su teoría del caso ante el tribunal, y tiene que ser concreto y preciso. El abogado debe tomar en cuenta que está frente a un tribunal especializado en la materia; por lo tanto, su exposición será técnica y concreta en función de la teoría del caso.

El alegato final recoge todo lo que ha sucedido en el juicio. Los abogados deben utilizar esos minutos para convencer al tribunal, recordarle la teoría del caso, qué se ofreció probar, cómo se logró probar y por qué; entonces, debe emitir la sentencia aceptando la pretensión, por ejemplo: aceptar la demanda y declarar la nulidad del acto administrativo o, en su defecto, desde el punto de vista de la entidad demandada, conseguir que el tribunal rechace la demanda y confirme la validez de dicho acto.

LA CASACIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Para aproximarnos a un tercer hito, es importante recordar que la materia contenciosa administrativa, así como también la tributaria, no cuentan con una segunda instancia. Es decir, que el ordenamiento jurídico no prevé la existencia de un recurso de apelación, sino que frente a una sentencia o auto definitivo dictado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o Tributario, la parte que se siente inconforme con tal decisión podrá interponer un recurso extraordinario de casación, que no forma parte de los recursos ordinarios de impugnación.

“La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto materia del recurso, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario”¹. La doctrina coincide en que:

entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia [...]; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia. (Ibidem)

Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en *La Casación Civil*, sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala:

como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se

produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a su admisión, limitado a causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada –excepcionalmente los actos de las partes– y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación. (2017, 351)

Por su parte, la jurisprudencia nacional, en su sentido similar, ha dicho que:

los fundamentos en que se apoya el recurso no son los antecedentes del juicio, ni los alegatos impropios para este recurso extraordinario, como tampoco los razonamientos sobre asuntos o disposiciones extrañas a la litis, sino los argumentos pertinentes a la materia de alegación expuestos de manera adecuada como para sostener la existencia de la infracción o los cargos contra la sentencia recurrida. (Registro Oficial n.º 388, de 13 de agosto de 2001, 10)

En este contexto, la demanda de casación conforme a su debida técnica,

debe ser un juicio técnico, científico y jurídico, lógico, coherente y objetivo, del cual se desprendan no sólo la ocurrencia de los yerros delatados [.que están señalados de forma taxativa en el artículo 268 del COGEP], sino su trascendencia o determinancia en las resultados del proceso, lo que en general e propio de los errores de juzgamiento, cuando estamos en presencia de infracción

1 Resolución n.º 949-2021, de 26 de noviembre de 2021, en el juicio n.º 09801-2009-0317. Juez ponente: Dr. Patricio Secaira Durango.

directa o indirecta de la ley, lo que impone al casacionista la carga de acreditar argumentativamente esa determinancia del vicio". (Bello Tabares 2017, 412)

Los casos casacionales están previstos en el artículo 268 del COGEP y son:

Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.
3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia
4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.
5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

En términos generales, respecto de las causales señaladas en el artículo 268 del COGEP, es importante tomar en cuenta, por ejemplo, que la causal primera se refiere a normas adjetivas, distinta de la causal quinta, que se refiere a normas sustantivas. Por otra parte, el principio de debida técnica exige que el casacionista

identifique con claridad y precisión el yerro invocado. En este orden de ideas, la falta de aplicación opera cuando el juzgador dejó de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión. Por otra parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero ha sido usada para un caso no contemplado en ella. Finalmente, la errónea interpretación se refiere a cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, pero ha sido entendida de forma equivocada y se le ha dado un alcance que no tiene. En resumen; la falta de aplicación es un error de existencia, la aplicación indebida entraña un error de selección, y la errónea interpretación es un error del verdadero sentido de la norma. En cuanto se refiere a la causal tercera del artículo 268 del COGEP, Santiago Andrade Ubidia señala:

La causal cuarta recoge los vicios de ultra petita y extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto de litigio, el vicio de la actividad será de extra petita. (2005, 147)

En un primer momento, la defensa técnica que evalúa la pertinencia de interponer un recurso de casación está en la obligación de verificar su procedencia y oportunidad. Para este efecto, el artículo 266 del COGEP determina lo siguiente:

Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días posteriores a la ejecutoria

del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

En este punto, cabe indicar que existe una diferencia importante entre la Ley de Casación y el COGEP, en lo que se refiere a la oportunidad de la presentación de este tipo de recursos. Así, el artículo 5 de la ley de Casación disponía que:

El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días.

Por su parte, el artículo 266 del COGEP determina que el recurso se interpondrá en el término de treinta días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

En un segundo momento, es necesario identificar cuál es el órgano judicial ante quien se presentará el recurso de casación. Si bien, por mandato constitucional y legal, le corresponde a la Corte Nacional de Justicia, a través de sus distintas salas, conocer y resolver los recursos de casación, la presentación se realiza ante el órgano judicial que dictó la sentencia o auto definitivo que se impugna. En este caso, será ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, cuya única competencia respecto del recurso es verificar la oportunidad de su presentación; es decir, si el recurrente lo hizo de manera escrita dentro del término de treinta días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Siendo así, dicho órgano judicial pluri-personal, mediante auto interlocutorio, concederá el recurso y remitirá el expediente a la Corte Nacional de Justicia.

Un tercer momento en la tramitación del recurso de casación es su admisión, que la ley confía al conjuer nacional, órgano judicial unipersonal que tiene la competencia de analizar si dicho recurso tiene la estructura legal prevista en el artículo 270 del COGEP en concordancia con el artículo 267 *ibidem*. Es decir, si el recurso extraordinario de casación amerita que la

sala especializada conozca y resuelva el fondo, entonces, el conjuer nacional revisará, de forma minuciosa, lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

Después del respectivo análisis, el conjuer nacional podrá disponer a la parte casacionista que aclare o complete su recurso dentro del término de cinco días. Para estos efectos, dicho juzgador deberá precisar los aspectos que el recurrente debe completar en su escrito de complemento, es decir, la providencia en la que se dispone la aclaración y/o la complementación del recurso no puede caer en lo abstracto ni en lo general.

En este contexto, el recurso de casación puede tener dos caminos. El primero puede ser que el conjuer nacional, de manera motivada, inadmite los yerros alegados por cuanto el casacionista no ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 267 del COGEP. El segundo tiene que ver con la admisión del recurso de casación que, a su vez, puede ser total o parcial; es decir, que el conjuer decida admitir todos los cargos expuestos por el recurrente o admitir unos e inadmitir otros. En todos los casos se resolverá a través de un auto interlocutorio.

Un cuarto momento es la sustentación del recurso de casación en audiencia. En este punto, y después del sorteo de ley, se designará un tribunal con su respectivo juez ponente, quien, con un auto de sustanciación,

convocará a las partes procesales para que, en una fecha, día y hora, se lleve a cabo la respectiva audiencia de sustentación, que inicia con la fundamentación por parte del casacionista. Luego, se concede la palabra a la otra parte, en aplicación del principio de contradicción. Finalizada esta parte de la audiencia, las partes tienen el derecho a la réplica y contrarréplica, en el mismo orden de intervención. Los jueces que integran el Tribunal de Casación pueden realizar preguntas a las partes respecto a los temas vinculados con el recurso. Finalizadas las exposiciones, la sala se retira para deliberar y adoptar una resolución que será comunicada a las partes en ese momento, salvo que, por la complejidad del asunto, el tribunal resuelva suspender esta diligencia.

Es importante señalar que el recurso de casación se rige, entre otros, por el principio dispositivo. En este sentido, el casacionista debe fundamentar, con suma claridad, los vicios que afectan a la sentencia recurrida. No le está permitido al casacionista agregar nuevos yerros que no consta en el recurso de casación, previamente admitido por el conjuez. Uno de los errores más frecuentes que se da en la fase de réplica y contrarréplica por parte de los abogados consiste en repetir sus propios argumentos (que ya fueron expuestos en la primera intervención) cuando el sentido de réplica y contrarréplica es refutar o contradecir lo expresado por la contraparte para que el Tribunal de Casación pueda advertir alguna falencia argumentativa en la exposición de la contraparte.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La argumentación jurídica no es, en sí mismo, un fin; es un medio para alcanzar un fin. Para los abogados litigantes es exponer con la mayor claridad, con el más alto de grado de exactitud, los elementos que apalancan su demanda, contestación a la misma o eventual reconvencción. Lo conciso es lo que debe predominar, sin que esto signifique que la tarea ante el Tribunal se torne reduccionista. El lenguaje, y el español es un idioma que se presta para aquello, no puede ser exagerado; es más, debe encontrarse dentro de los mínimos. Los términos jurídicos, algunos ya de por sí complejos, deben expresarse de manera sencilla y directa.

La argumentación jurídica no solo es ciencia, es técnica y arte, es conjunción de habilidades, conocimientos y experiencias. El denominador común de estos elementos es, sin duda alguna, la preparación académica desde las aulas universitarias. Couture señalaba, en su inmortal decálogo, que el Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

La Lógica, la Historia y la Filosofía del Derecho brindan herramientas valiosas e invaluable a la

argumentación jurídica. El silogismo aristotélico, el antecedente histórico de la norma y su influencia de las diferentes escuelas del pensamiento, han llevado el proceso cognitivo del abogado a instancias de verdades que se transmiten, desde el papel donde se plasman las ideas, hasta el foro, hasta la audiencia donde adquieren forma definitiva.

El ejercicio de la abogacía amerita una formación permanente, responsable y especializada, porque una persona natural o jurídica o la entidad pública ponen el caso en las manos de su abogado y confían en que su gestión será diligente, oportuna y profesional. Bajo esa premisa, resulta fundamental que los abogados entendamos que, en la actualidad, se necesita de nuevas herramientas, destrezas y habilidades, para llevar con entereza y seriedad un caso, entre ellas: la argumentación jurídica que, por una parte, se debe reflejar en los actos de proposición de la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, así como también al momento de interponer por escrito el recurso extraordinario de casación y, por otra parte, al momento de la exposición oral en las audiencias respectivas.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Ubidia, Santiago. 2005. *La Casación en el Ecuador*. Quito: Andrade & Asociados.
- Bello Tabares, Humbert Enrique Tercero. 2017. *La casación civil. Tomo I*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. 2007. *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*. Quito: Andrade&Asociados Fondo Editorial.
- Escuin Palop, Vicente. 2014. *Elementos de Derecho Público*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Flores Dapkevicius, Rubén. 2021. *Tratado de Derecho Administrativo Uruguayo*. La Ley. Uruguay.
- Pérez, Efraín. 2021. *El acto administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vescovi, Enrique. 2006. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis.
- Normativa y jurisprudencia**
- Código Orgánico Administrativo, Ecuador. 2017. Registro Oficial 2do. S. 31.
- Código Orgánico General de Procesos, Ecuador. 2015. Registro Oficial S. 506.
- Constitución de la República del Ecuador, Ecuador. 2008. Registro Oficial 449.
- Corte Constitucional de Justicia. Sentencia n.º 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021.