

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

AÑO 2020:

**J13802201800304, J09802201700590,
J01803201800034, J01803201700186,
J01803201800122, J1774120120052,
J01803201800114, J17811201801126,
J17811201800503**

FUNCIÓN JUDICIAL

135002201-DFE

Juicio No. 13802-2018-00304

**JUEZ PONENTE: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)**

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, martes 27 de octubre del 2020, las 09h32. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjuces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **c)** El 23 de junio de 2020 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia dictada el 27 de agosto de 2019, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, dentro del juicio No. 13802-2018-00304 deducido por el señor Pedro Alcantaro Pincay Conforme en contra de la Contraloría General del Estado, resolvió: *“declara sin lugar la demanda y dispone su (sic) archivo de la causa, por haber operado la caducidad del derecho del actor”*.

1.2.- El señor Pedro Alcantaro Pincay Conforme interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en el caso dos (2) del artículo 268 del COGEP.

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
IVAN RODRIGO
LARCO ORTUÑO
C=ECUADOR
E=QUITO
ID=01386298
0200419075

1.3.- Con auto de 21 de enero de 2020 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 27 agosto de 2020 se convocó para el día jueves 10 de septiembre de 2020, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el recurrente acompañado de su defensa técnica, quien expuso su fundamentación en base a la causal que fue admitida a trámite. También compareció a la audiencia de casación la Contraloría General del Estado a través de sus procuradores debidamente acreditados, quienes contestaron la fundamentación del recurso. Luego de escuchar a las partes procesales, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por mayoría, mediante la cual se aceptó el recurso de casación interpuesto por el señor Pedro Alcantaro Pincay Conforme, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1. Validez procesal.- En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

2.2.-Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 27 de agosto de 2019 por el Tribunal de instancia, adolece del error de derecho acusado por el recurrente. De comprobarse dicho yerro en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito o se declarará la nulidad, según corresponda.

III.- ANÁLISIS

3.1.- Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación. Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista transcribe la parte de la sentencia en la que habría incurrido en el yerro acusado y a continuación manifiesta: ^a1/4 *del contenido del mismo no se advierte la presencia de ninguno de los tres requisitos denominados: RAZONABILIDAD, LÓGICA Y COMPENSIBILIDAD que conforman lo que es la MOTIVACIÓN, ya que de la lectura del libelo de mi demanda claramente se puede establecer que posterior a haber recibido la notificación de la determinación de la responsabilidad civil Glosa No. 709, con fecha 26 de septiembre del 2017 interpuse RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN, el cual me fue*

negado por parte de la Contraloría General del Estado recién con fecha 6 de junio de 2018 por parte de la Directora Nacional de Recursos de Revisión Y ME ES NOTIFICADO EL 21 DE JUNIO DE 2018, HASTA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA CON FECHA 17 DE JULIO DEL 2018, APENAS HAN TRANSCURRIDO VEINTISEIS DÍAS RAZÓN POR LA CUAL SE ENCUENTRA EXPEDITO MI DERECHO PARA INTERPONER LA ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA (¼) los señores Jueces sin analizar esta particularidad y su procedencia o no de la misma que influye de forma determinante en la decisión RESUELVE: (¼)° .

Corresponde entonces determinar si en la sentencia recurrida está o no presente el vicio acusado, y para el efecto se verifica que el referido fallo se hace referencia a los antecedentes del caso hasta el momento en que se desarrolló la audiencia preliminar, y a continuación, en el considerando primero, el Tribunal de instancia menciona que en la acción propuesta la pretensión es que se declare la nulidad de la Resolución No. 11709 de 28 de agosto de 2017, con la que se confirmó la responsabilidad del accionante. En el considerando segundo el Tribunal de instancia menciona que a fojas 5 a 11 constan los documentos acompañados a la demanda *relacionados al acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 11709 y la providencia de notificación de la negativa del recurso de Revisión de la resolución impugnada, recibida el 21 de junio del 2018*° (Lo resaltado nos corresponde). Adviértase que en este considerando segundo el Tribunal de instancia ha reconocido de manera expresa la existencia de la providencia mediante la cual la Contraloría General del Estado negó el recurso de revisión que oportunamente había planteado el señor Pedro Alcantaro Pincay Conforme, providencia ésta que fue debidamente notificada el 21 de junio de 2018; mas sin embargo, esta providencia de negativa al recurso de revisión no ha sido analizada en el fallo recurrido, es más, ni siquiera se la vuelve a mencionar a lo largo de la sentencia recurrida. En efecto, en los considerandos tercero y cuarto el Tribunal de instancia se refiere de manera exclusiva a la Resolución de 26 de septiembre de 2017 con la que se confirmó la responsabilidad en contra del accionante, y es a partir de esa fecha que el mentado Tribunal ha contabilizado el término para la interposición de la demanda, llegando a concluir que entre la fecha de notificación de la Resolución con la que se confirmó la responsabilidad (26 de septiembre de 2017), y la fecha de presentación de la demanda (17 de julio de 2018), han transcurrido más de los 90 días previstos en el artículo 306.1 del COGEP. Nótese que el Tribunal de instancia se ha limitado a considerar para la adopción de su resolución, solamente una de las resoluciones mencionadas en el acto de proposición, pero en ninguna parte de la sentencia recurrida se ha explicado los motivos por los cuales ha omitido considerar la resolución con la cual se negó el recurso de revisión, y que fue notificada el 21 de junio de 2018. Adicionalmente esta Sala Especializada verifica que en el numeral 15 del escrito contentivo de la demanda, el actor hizo mención expresa al oficio No. 00783-DNNRR de 06 de junio de 2018 suscrito por la Directora

Nacional de Recursos de Revisión, notificado el 21 de junio de 2018, en el que consta la providencia con la que la Contraloría General del Estado negó el recurso de revisión interpuesto por el accionante, llegando inclusive a transcribir la parte pertinente de dicha negativa. Más adelante en el escrito de demanda, en el numeral 33.06, el actor del juicio anunció como medio de prueba y acompañó como prueba documental, el ejemplar original de la notificación de la providencia de negativa del recurso de revisión. También constata esta Sala Especializada que en la sentencia recurrida no se explica de manera alguna el motivo por el cual se ha omitido considerar que el referido oficio No. 00783-DNNRR de 06 de junio de 2018, notificado el 21 de junio de 2018, no se trata de una simple inadmisión a trámite, sino que se trata de un acto administrativo que resuelve el fondo del recurso de revisión planteado. En efecto, en dicha resolución la Contraloría General del Estado ha expuesto los fundamentos de hecho y de derecho en base a los cuales ha resuelto negar el recurso de revisión, señalando expresamente el citado acto administrativo que: *“consecuentemente, se mantiene firme el cargo en los términos de la Resolución recurrida”*; es decir, al haberse negado el recurso de revisión, quedó en firme la Resolución de 26 de septiembre de 2017 con la que se confirmó la responsabilidad en contra del accionante, evidenciándose de esta manera que no era suficiente considerar la fecha de la resolución confirmatoria de la responsabilidad, sino que además, para este caso específico, debía considerarse la fecha de notificación de la resolución con la que negó el recurso de revisión. No existe en la sentencia recurrida análisis alguno respecto a los aspectos jurídicos antes detallados.

Con lo dicho esta Sala Especializada concluye que en la motivación de la sentencia recurrida se ha realizado un simple ejercicio, casi automático, de confrontación entre la fecha de emisión de una de las resoluciones materia del litigio, y la fecha de presentación de la demanda, omitiendo de esta manera realizar un correcto control de legalidad de la actuación de la administración pública, puesto que ha omitido resolver sobre los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa, ya que en ningún momento ha considerado, analizado y/o valorado el acto administrativo con el que quedó en firme la resolución que confirmó la responsabilidad del accionante. Si tomamos en cuenta la fecha de notificación de la resolución con la que se negó el recurso de revisión y con la cual quedó en firme la responsabilidad atribuida al accionante (21 de junio de 2018) y la fecha de presentación de la demanda (17 de julio de 2018), se verifica que la acción fue presentada dentro del término previsto en el artículo 306.1 del COGEP. En consecuencia, no se trató de una simple omisión en el fallo recurrido, sino que estamos frente al deber primordial del juez de razonar y justificar adecuadamente la decisión adoptada, a fin de que no sea considerada como una decisión arbitraria, antojadiza. En la especie, el Tribunal de instancia en ningún momento ha explicado los motivos por los cuales ha desechado considerar y resolver respecto a una resoluciones expresamente mencionadas en la demanda, cuyas

copias constan en el expediente y que fueron anunciadas como prueba (y que además fueron controvertidas por la institución pública demandada), sin percatarse que la consideración y valoración de este hecho era trascendente en el caso materia de análisis toda vez que incidía de manera directa en la contabilización del término para la interposición del recurso. De esta manera queda evidenciado que en la motivación de la sentencia recurrida no existe una debida concordancia entre los hechos y el derecho, lo que torna a dicho fallo en carente de motivación, por lo que el mismo debe ser casado.

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Pedro Alcantaro Pincay Conforme; y, en consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia dictada el 27 de agosto de 2019, a las 09h56, por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Portoviejo, así como de la audiencia preliminar llevada a cabo en la presente causa. En aplicación a lo dispuesto en el artículo 273.4 del COGEP, se dispone devolver el proceso al Tribunal de instancia a fin de que convoque a una nueva audiencia preliminar y se prosiga con la sustanciación de la presente causa, de conformidad a los disposiciones del COGEP.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. ALVARO OJEDA HIDALGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, martes 27 de octubre del 2020, las 09h32. VISTOS.- Conforme el Art. 204 del COFJ salvo mi voto, toda vez considero que no se debería aceptar el recurso de casación interpuesto por el Sr. Pedro Alcantaro Pincay por el caso 2 del artículo 268 del COGEP, y por tanto yo no caso la sentencia impugnada de 27 de agosto de 2019, 9h56, expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo; toda vez los temas referentes a si se dió o no una adecuada contabilización del término para la interposición de la acción subjetiva o de de plena jurisdicción, esto es si se produjo o no la caducidad de la acción; habiendo por otra parte una negativa de un recurso de revisión de por medio, la cual tampoco fue impugnada en la pretensión de la demanda como lo hacen notar los jueces del tribunal contencioso; son cuestiones de índole procesal que deberían ser analizadas en el caso 1 ibídem, en concordancia con el artículo 273 numeral 1 del COGEP. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

135026881-DFE

Juicio No. 09802-2017-00590

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)**

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 27 de octubre del 2020, las 11h44. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la doctora Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante sorteo pertinente, el presente proceso signado con el No. **09802-2017-00590**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la Resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjuces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero Delgado, respectivamente. En virtud de lo cual avocamos conocimiento de la presente causa; la cual se encuentra en estado de resolver, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, Provincia del Guayas, expidió sentencia dentro de la causa signada con el No. **09802-2017-00590**, el martes 19 de marzo de 2019, las 08h29, iniciado por demanda planteada por la ciudadana, MARIA GLORIA MALDONADO SEVILLA, en calidad de representante legal de la empresa GREAT LOGISTICS S.A.; en contra de: DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR (SENAE), del DIRECTOR DE CONTROL DE ZONA PRIMARIA DE LA SENAE; del DIRECTOR DE CONTROL DE ZONJA PRIMARIA SUBROGANTE y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, sentencia en la que se ha decidido: *“ acepta la demanda y declara nula la Resolución número SENAE-SENAE-2017-0399-RE de fecha 22 de mayo*

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
PATRICIO ADOLFO
SECAIRA DURANGO
DURANGO
C-QUITO
ID: 04356235
0200419075

de 2017, la misma que se pronuncia negativamente sobre el recurso de revisión planteado número 075-2017 en contra de los Oficios números SENAE-DZPA-2016-0436-OF. Y SENAE-DZPA-2016-0544-OF que contienen las liquidaciones aduaneras números 34313885, 34313889, 34313892 y 34353252°.

2.2.- El Director de Control de Zona Primaria de la Dirección Distrital de Guayaquil del SENAE, interpone recurso de casación, con fundamento en las causales primera y segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Asimismo ha formulado recurso de casación el Director General del SENAE.

2.3.- Mediante auto de 2 de mayo de 2019, el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia Wilman Terán Carrillo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director de Control de Zona Primaria de la Dirección Distrital de Guayaquil de la SENAE, únicamente por la causal primera del artículo 268 del COGEP; e, inadmitió el recurso presentado por el Director General del SENAE.

2.4 El Director General del SENAE, interpuso en contra del auto señalado, acción extraordinaria de protección, la cual ha sido inadmitida por la Corte Constitucional en auto de 26 de septiembre de 2019, remitido a la Corte Nacional en oficio 2122-CCE-SG-NOT-2020 de 10 de marzo de 2020.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de casación puesto en su conocimiento de conformidad con el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y los artículos 269 y siguientes del COGEP.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del presente recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto materia del recurso por parte de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales.

La doctrina es coincidente y así lo señala esta Corte Nacional, 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, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; 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 reprochada. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad y juridicidad propia del Estado constitucional derechos y justicia. (*Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015*).

6.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER: Con dicho antecedente, ya en cuanto a lo medular de la presente etapa de impugnación extraordinaria, la resolución del recurso de casación propuesto está orientado a decidir si el fallo reprochado está incurso en la causal primera del artículo 268 del COGEP

7.- SOBRE LA CAUSAL ADMITIDA: La causal admitida a trámite hace relación al numeral 1 del artículo 268 del COGEP, disposición que a la letra ordena:

^a Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el 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^o

7.1 Alcance de la causal: Las Salas Especializadas de la Corte Suprema, ahora Corte Nacional de Justicia, han sido coincidentes en reiterar que esta causal, está orientada a atacar ^a *la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo^o* (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama *“El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional^o*. Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

Varios son los elementos que trae la norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen; a saber:

a) Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas; es por ello que, respecto de una misma norma no puede alegarse sino uno de esos yerros (aplicación, indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); por consiguiente, si se escogen dos modos o tres, para denunciar la infracción de una misma norma, el recurso es absolutamente improcedente, por una evidente incongruencia y contradicción. Es indispensable por tanto que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

b) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; cabe entonces preguntar, en qué circunstancias pueden estar presentes estos dos institutos jurídicos que trae la causa; al respecto, se puede apreciar:

b.1 Nulidad: El mismo autor (Tama, p.188), sobre esa nulidad expresa: ^a Por ello -dice la doctrina jurisprudencial- todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (..) debe hacer referencia a los artículos (..); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal..°.

Diremos entonces que para que la fundamentación, sobre esta causal, tenga una proposición jurídica completa debe el casacionista referir cuál de las causales de nulidad contempladas en el COGEP está presente en la sentencia o auto interpelado; causales que de modo taxativo las contempla el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, las cuales específicamente son: ^a 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la Ley prescribe°.

Debe por tanto tenerse presente que, en la casación, es aplicable y fundamentalmente en esta causal, el denominado principio de especificidad el cual determina que las únicas causales por las cuales puede declararse la nulidad del proceso judicial, son aquellas que de modo expreso están determinadas en la Ley; sin que otros vicios puedan tener el mismo efecto; *pas de nullité sans texte (sin texto no hay nulidad)*.

b.2 Indefensión: La indefensión puede ser definida como aquel hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho a defenderse dentro de un proceso judicial. Se impide la defensa cuando se imposibilita, se prohíbe, o se priva que la persona pueda exponer su posición en el juicio o presentar y actuar pruebas para justificar su derecho. Se restringe la defensa en cambio, cuando se dificulta, se veda, se coarta o se obstaculiza ese derecho; a través de distintos medios, sean físicos, de autoridad o jurídico-procesales; imposibilitando el uso de los medios o haciendo que estos sean realmente insuficientes, para la finalidad perseguida por la persona que sufre esa acción o esa omisión.

Varias son las normas jurídicas que trae la Constitución ecuatoriana, orientadas a garantizar los derechos de defensa de las personas; así: Artículo 75 relativo al acceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, artículo 76 que contiene varias garantías al debido proceso; artículo 77; entre otros; varios de los cuales están desarrollados en varios cuerpos legales.

Consecuentemente, cuando se denuncia los vicios relativos a esta causal, en la modalidad de indefensión, es indispensable asimismo que se establezca con claridad cuáles son los hechos o las omisiones que justificarían esa denuncia, remitiéndose igualmente a las normas jurídicas nacionales o convencionales que determinen ese vicio.

c) Y que estando presente causa de nulidad o elementos que justifiquen la existencia de indefensión hayan influido, por la gravedad de la transgresión, en la decisión tomada por el Juzgador de instancia; la cual opera condicionada a que esa nulidad no haya sido objeto de subsanación legal en el proceso.

Este mandato legal, contiene el denominado principio de trascendencia; el cual, enseña el Dr. Santiago Andrade Ubidia , se refiere a que el vicio denunciado en la casación, sea de tal importancia, que el proceso judicial no pueda debidamente cumplir su misión *“ sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión”*; pero no solo eso, sino que: *“ debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia)”* (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2005, páginas 116 y 117).

De modo que, además si se atiende el contenido del artículo 110 del COGEP (Art. 110.- Declaración de nulidad y convalidación. La nulidad del proceso deberá ser declarada: 1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial. 2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación (.). No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento°); para que opere la causal, sea las denuncias de nulidad o indefensión, deben habérselas promovido en el trámite del juicio de instancia; es decir, haber sido objeto de la discusión procesal; de allí nace la posibilidad de interponer el recurso de casación cuando se está en desacuerdo con la decisión del juzgador que profirió el fallo atacado, por considerarlo viciado, en función de la causal que se ha invocado.

8.- SUSTENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN SOBRE LA CAUSAL INVOCADA Y

MOTIVACIÓN DE LA SALA:

El casacionista sostiene que dentro de la contestación a la demanda planteó como excepciones previas de incompetencia del juzgador y falta de legitimación en causa y que, en la audiencia preliminar fundamentó dichas excepciones. Que se puede observar **la falta de aplicación** de los numerales 5 y 6 del artículo 320 del COGEP, que refiere al derecho de los contribuyentes a impugnar: las decisiones administrativas dictadas en recurso de revisión y, las resoluciones administrativas que impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales. Que asimismo existe **falta de aplicación** del artículo 302 del COGEP.

Que el Tribunal al decidir las excepciones previas determinó que es competente para conocer y resolver la causa y rechazó estas y las otras excepciones previas entre ellas la de falta de legitimación en causa.

Que, el Tribunal de instancia que dictó la sentencia no es competente para resolver la materia sobre la que versa el proceso y que si existe falta de legitimación en la causa de la parte demandada.

Exposición de la que se puede observar, sin esfuerzo, que el casacionista no ha señalado cuáles con las normas jurídicas que podrían haber provocado la nulidad del proceso; como tampoco ha determinado cuáles con los hechos y las normas jurídicas relativas al derecho de defensa que habrían provocado su indefensión; ni determinado la gravedad de la infracción, como tampoco, la trascendencia del vicio; peor aun determinado que en el proceso judicial no ha sido subsanado legalmente la nulidad demandada.

Es más, no ha establecido las razones por las cuales no han sido aplicadas las normas jurídicas que considera omitidas en el fallo de instancia y cuáles son las que han sido usadas para la solución del problema jurídico en lugar de las que no fueron consideradas.

Determinando con todo ello, que el recurso no cumple mínimamente las exigencias del razonamiento lógico jurídico propios de la causal primera del artículo 268 del COGEP, por lo que el recurso de casación es improcedente.

9.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director de Control de Zona Primaria de la Dirección Distrital de Guayaquil del SENAE; consecuentemente, **NO CASA** la sentencia expedida el martes 19 de marzo del 2019, las 8h29 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.- Actúa la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y**

devuélvase.-

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL



134970789-DFE

Juicio No. 01803-2018-00034

JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, lunes 26 de octubre del 2020, las 16h46. **VISTOS:** En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuer nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia integra esta Sala Especializada. **C)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia integra esta Sala Especializada. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y el acta de sorteo de 20 de diciembre de 2019. **E)** Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: **PRIMERO.-** Por sentencia expedida el 12 de diciembre de 2018, 9h54, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en el cantón Cuenca dentro del juicio propuesto por la señora María Pierina León Astudillo en contra del Director Provincial del Azuay del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, y de la Procuraduría General del Estado se resolvió que se: *“ acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad del acto administrativo impugnado, en consecuencia, se dispone el reintegro de la accionante, en el mismo cargo y remuneración que venía desempeñando previo a la evaluación de desempeño, en un término de cinco días de ejecutoriada esta sentencia y se le cancele las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que ha transcurrido entre la fecha de separación de su cargo y la fecha de reingreso a la institución, liquidación de la que se descontarán los valores percibidos previamente; en un término de treinta días de ejecutoriada esta sentencia; más intereses de ley, los cuales serán liquidados en conjunto con la contraparte en atención a lo dispuesto en el art. 314 del COGEP.”* **SEGUNDO.-** En auto de 1 de octubre de 2019, 12h29, el Conjuer de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del Azuay del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación de los artículos 17 literal b5) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, 224 y 227 del Reglamento General a la LOSEP, 17 numeral 1 y Disposición General Segunda de la Norma Técnica del Subsistema de Evaluación de Desempeño publicada en el Registro Oficial No. 303 de 27 de marzo de 2018. Corrido traslado con el recurso admitido, la actora da contestación al mismo y solicita que se rechace el recurso de casación interpuesto. **TERCERO.-** Respecto de la falta de aplicación de los artículos 17 literal b5) de la LOSEP y 224 y 227 del Reglamento General a la LOSEP, la institución recurrente argumenta que: *“ Se desprende bastamente que las disposiciones antes citadas regulan y determinan la forma en cómo debe actuar la entidad posterior a los concursos de mérito y oposición y una vez que se otorgue un nombramiento provisional a los servidores debiendo someterse a una evaluación de desempeño del periodo de prueba disposiciones que no han sido aplicadas por el tribunal al emitir la resolución, pues claramente se indica que en caso de obtener la calificación de regular el personal deberá ser cesado inmediatamente de sus funciones.”*, concluyendo que la ley claramente prevé la evaluación del

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
C-QUITO
0604386298
0200419075

desempeño dentro del periodo de prueba. Los artículos referidos disponen: Art. 17.- LOSEP.- *“Para el ejercicio de la función pública los nombramientos podrán ser:¼ b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:¼ b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior;”*; Art. 224.- Reglamento General a la LOSEP.- *“Evaluación durante el período de prueba.- Esta fase del subsistema de evaluación de desempeño se inicia una vez terminado el proceso de reclutamiento y selección de talento humano, permite a la administración evaluar y determinar los niveles de desempeño, rendimiento y comportamiento laboral alcanzados por la o el servidor público, durante un período de prueba de tres meses.”*; Art. 227.- Reglamento General a la LOSEP.- *“Efectos de la evaluación del período de prueba.- La evaluación del periodo de prueba y su calificación generará respecto de la o el servidor evaluado, los siguientes efectos: a) En el caso de que la o el servidor evaluado aprobare el período de prueba, continuará en el ejercicio de sus funciones y se le extenderá inmediatamente el nombramiento permanente y el Certificado de Carrera que le acredita como servidora o servidor de carrera; b) Si la UATH a través de un informe de evaluación determina la calificación de regular o insuficiente en el desempeño de funciones de la o el servidor; se procederá a comunicar la cesación inmediata de sus funciones; c) Los resultados de la evaluación del período de prueba de la o el servidor serán considerados como parte de la calificación anual de objetivos alcanzados en ese año para la servidora o servidor que hubiere obtenido un nombramiento permanente; En el caso de que la UATH no realice las evaluaciones, la o el servidor exigirá ser evaluado y comunicará de este incumplimiento a la máxima autoridad, quien inmediatamente dispondrá que se efectúe la misma. No se podrá emitir un nombramiento definitivo sin que previamente la o el servidor haya sido evaluado y aprobado; y, d) Para los efectos determinados en el artículo 190 del presente Reglamento General, en caso de que la o el servidor no aprobare el período de prueba, y mediante la evaluación técnica y objetiva de sus servicios se determina que no califica para el desempeño del puesto al que ascendió, se procederá inmediatamente al reintegro en el puesto de origen con su remuneración anterior.”* **CUARTO.-** Para este Tribunal de Casación los jueces distritales no han desconocido las normas que regulan la expedición y condiciones de los nombramientos provisionales, de hecho reconocen que la entidad demandada debía cumplir con su obligación de evaluar a la funcionaria. Así en el considerando noveno señalan: *“La evaluación de desempeño no es solo una herramienta para la toma de decisiones en cuanto a la permanencia de un funcionario en la entidad, sino que además, la información que de ella se obtiene, puede ser utilizada para evaluar los procesos de reclutamiento, para conceder incentivos, compensaciones, promociones, para identificar procesos equivocados de orientación, capacitación, entre otros. La evaluación del desempeño es un proceso indispensable para la Administración.”* Del considerando octavo de la sentencia impugnada también se desprende que los jueces distritales concluyen que la accionante por haber ganado el concurso de méritos y oposición se le otorgó un nombramiento provisional a prueba, que estaba sujeto a una evaluación de desempeño. *“El nombramiento provisional constituye una de las modalidades de provisión transitoria y excepcional de empleos de carrera y su finalidad es la de garantizar la eficiencia en la función administrativa y propender por alcanzar los fines esenciales del Estado, que son propósitos constitucionalmente previstos. El objetivo que persigue es brindar una descripción puntual de la forma en que el empleado ha desempeñado su trabajo en el pasado o del potencial que puede tener en el futuro.”* En consecuencia está claro también para este Tribunal de Casación que el otorgamiento de un nombramiento provisional acarrea la necesidad de una evaluación conforme lo determina la ley, siendo que aquello ha sido considerado por el Tribunal Distrital en su sentencia, por lo que no se observa falta de aplicación de las normas alegadas, y se desecha el recurso de casación por este

extremo. **QUINTO.-** Respecto de la acusación de falta de aplicación del artículo 17 numeral 1 y de la Disposición General Segunda de la Norma Técnica del Subsistema de Evaluación de Desempeño, el IESS argumenta que: *“Consecuentemente, el porcentaje de cumplimiento alcanzado por la servidora dentro de la evaluación en una de las actividades es del 50%, enmarcándose en el número 1 del Nivel de Cumplimiento establecido en el Art. 17^{1/4}, emitida por el ente competente, normativa que no ha sido observada ni aplicada por el Tribunal dentro de la sentencia, pues los Niveles de Cumplimiento se encuentran enumerados taxativamente en la Norma Técnica... cuando claramente en el Formulario No. MRL-EVAL-01 la entidad aplicó las disposiciones contenidas en la Resolución No. SENTRES-2008-000038^{1/4}°.* **SEXTO.-** Este Tribunal de Casación evidencia que el artículo 17 numeral 1 y Disposición General Segunda de la Norma Técnica del Subsistema de Evaluación de Desempeño sí fueron aplicados en la sentencia impugnada pues han sido analizados adecuadamente en los considerandos séptimo, octavo y noveno del fallo de 12 de diciembre de 2018, por tanto no han dejado de ser aplicados en la sentencia referida como equivocadamente señala el IESS, concluyendo los jueces distritales después de su análisis lo siguiente: *“Por lo descrito se infiere: 1) Del proceso de evaluación del desempeño, se evidencia en el formulario^{1/4} que el nivel de cumplimiento establecido no es aquel que de la progresión aritmética y porcentual corresponde a la mitad de lo realizado, por lo tanto si se dan 2 actividades y se cumple 1, el cumplimiento será de la mitad del mismo, es decir 50% y si el nivel de cumplimiento calificado sobre 5 puntos, debía contener la calificación de 2.5 y no 1 como consta. Es decir se califica de manera incorrecta^{1/4} es decir su total calificado debía ser de 72.03%, por lo tanto aprobada la fase de prueba.°*; por lo que en virtud del principio dispositivo que rige este tipo de recursos extraordinarios, y al ser el recurso de casación formal y estricto, esta Sala especializada está imposibilitada de corregir el error detectado al momento de formular el recurso y por tanto se desecha el caso quinto intentado, por la indebida fundamentación mencionada. Sin más consideraciones por no ser necesarias, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** No se acepta el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del Azuay del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, y por tanto no casa la sentencia expedida el 12 de diciembre de 2018, 9h54, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en el cantón Cuenca. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

135121426-DFE

Juicio No. 01803-2017-00186

JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 28 de octubre del 2020, las 09h58. **VISTOS:** En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuez nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia integra esta Sala Especializada. **C)** El conjuez nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia integra esta Sala Especializada. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y el acta de sorteo de 20 de diciembre de 2019. **E)** Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: **PRIMERO.-** Por sentencia de mayoría expedida el 3 de octubre de 2018, 10h08, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en el cantón Cuenca dentro del juicio propuesto por la señora María del Carmen Palacios González en contra de la Directora Provincial del Cañar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, y de la Procuraduría General del Estado se resolvió que: *“declara parcialmente con lugar la demanda y por lo tanto por indebida motivación la nulidad de la Acción de Personal No. DNGTH-2017-04996, de 05 de mayo de 2017 y se dispone sea reintegrada la accionante al cargo que tenía al momento de su cesación hasta que se lleve a cabo el concurso de méritos y oposición y se declare al ganador del mismo para ocupar el cargo que tenía la accionante, reintegro que se deberá realizar en el término de cinco días; y, se le cancele las remuneraciones que dejó de percibir hasta la fecha de su restitución, pago que se realizará en un plazo no mayor de treinta días a partir de la fecha de su reincorporación, incluyendo los componentes que le correspondan, pendientes de pago.- En caso de que la accionante haya laborado para el sector público durante el tiempo de la cesación de sus funciones, los valores recibidos serán descontados de la liquidación a practicarse a su favor por parte del ente accionado.*

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
ALVARO OJEDA HIDALGO
SECRETARÍA DE JUSTICIA
QUITO
0104386298
0200419075

Sin costas por no evidenciarse los presupuestos establecidos en el Art. 284 del COGEP.º.

SEGUNDO.- En auto de 2 de septiembre de 2019, 14h28, el Conjuer de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del Cañar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación de los artículos 82 y 228 de la Constitución de la República del Ecuador y 83 literal h) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP. Corrido traslado con el recurso admitido, la actora da contestación al mismo y manifiesta que en virtud de la falta de consistencia del recurso interpuesto, corresponde rechazarlo y confirmar la sentencia decisoria. **TERCERO.-** La institución recurrente, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, argumenta en su recurso que la acción de personal por la que se da por terminado el nombramiento provisional de la doctora María del Carmen Palacios González tiene fundamento los artículos 83 literal h) y 85 de la LOSEP. Así, fundamenta su recurso en la falta de aplicación del artículo 83 literal h) que dispone: *“Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público a: h) Las o los servidores de libre nombramiento y remoción, y de nombramiento provisional”*, precisando que justamente los servidores con nombramiento provisional, no forman parte de la carrera del servicio público. Continúa señalando que aquello claramente ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 82 y 228 de la Constitución de la República del Ecuador que, en su orden, disponen: Art. 82.- *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*, Art. 228.- *“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.”*, este último que determina la necesidad de acceder a la carrera administrativa mediante un concurso de méritos y oposición, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, por lo cual también se ha vulnerado el artículo 82 de la norma constitucional pues se ha inobservado el derecho a la seguridad jurídica, por lo que arguye también falta de aplicación de las normas constitucionales referidas. **CUARTO.-** Por su parte, los jueces del Tribunal Distrital respecto del nombramiento provisional de la accionante, en su sentencia concluyeron lo siguiente: *“Sin embargo en la Acción de Personal de terminación del nombramiento provisional, se indica que se lo hace con fundamento en el Art. 83, literal h) y 85 de la LOSEP. La parte accionada inobserva lo dispuesto en la ley y sin cumplir con lo dispuesto en el documento mediante el cual se le extiende el nombramiento provisional; esto es hasta que se obtenga el ganador del concurso cesa en funciones a la accionante, lo que genera indebida motivación.”*. **QUINTO.-** Este Tribunal de Casación observa que, conforme se desprende de la sentencia distrital impugnada, el IESS le otorgó con fecha 1 de diciembre de 2016 un nombramiento provisional a la actora para el

cargo de Médico Especialista en Psiquiatría 1, siendo esta situación expresamente reconocida por la demandante. Los nombramientos provisionales de conformidad con el artículo 17 del Reglamento General a la LOSEP son: *“ Los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser: 1/4 b) Provisionales: Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;”*. La Constitución de la República en su artículo 228 antes referido determina que el ingreso al servicio público se hará mediante un concurso de méritos y oposición, en concordancia con la norma constitucional, el artículo 86 de la LOSEP dispone: *“ Para el ingreso de las y los servidores a la carrera del servicio público, además de cumplir con los requisitos previstos en esta Ley, se requiere: a) Cumplir con los requisitos legales y reglamentarios exigibles para el desempeño del puesto; b) Haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición, lo que debe constar en el acta respectiva; y, c) Haber sido posesionado en el cargo.”*; y, el artículo 87 de la LOSEP dispone: *“ Quedan amparados por las disposiciones de este Título, las servidoras y servidores que obtengan nombramiento permanente mediante concurso de méritos y oposición y que se posesionen en su cargo 1/4.”*, por tanto la expedición de un nombramiento provisional no faculta el ingreso a la carrera administrativa ni genera el derecho a la estabilidad del servidor, por tanto el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cesó en sus funciones a la actora de un cargo que lo desempeñaba provisionalmente, sin que aquello haya constituido una sanción, conforme lo estipula el artículo 47 literal e) de la LOSEP: *“ La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción;”*, por lo que se observa falta de aplicación del artículo 83 literal h) de la LOSEP en la sentencia de mayoría impugnada y por tanto se acepta el recurso de casación propuesto por este extremo. Sin más consideraciones por no ser necesarias, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** Acepta el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del Cañar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, y por tanto casa la sentencia de mayoría expedida el 3 de octubre de 2018, 10h08, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en el cantón Cuenca; se declara legal y válido el acto administrativo impugnado y se rechaza la demanda. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

135122581-DFE

Juicio No. 01803-2018-00122

JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 28 de octubre del 2020, las 10h05. **VISTOS:** En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuez nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia integra esta Sala Especializada. **C)** El conjuez nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia integra esta Sala Especializada. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y el acta de sorteo de 20 de diciembre de 2019. **E)** Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera:

PRIMERO.- Por sentencia expedida el 21 de diciembre de 2018, 10h53, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en el cantón Cuenca dentro del juicio propuesto por el señor Bolívar Rodrigo Polo Torres en contra del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, MTOP, del Coordinador General Administrativo y Financiero del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y de la delegada Regional de la Procuraduría General del Estado se resolvió que: *“declara parcialmente con lugar la demanda, esto es, la nulidad del memorando No. MTOP-CGAD-2018-76-ME de 06 de febrero de 2018, suscrito por el Coordinador General Administrativo Financiero del MTOP, en cuanto a la negativa del reconocimiento de pago del beneficio solicitado, debiendo la Unidad Administrativa de Talento Humano de la institución para la cual laboró el accionante, tramitar favorablemente su pedido de cancelación del beneficio determinado en el Art. 129 de la LOSEP, en los términos previstos en el Acuerdo Ministerial MDT-2018-0185, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 322, de 07-IV-2018.”.*

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
ALVARO OJEDA HIDALGO
SECRETARÍA DE JUSTICIA
DURANGO
C-QUITO
0104356285
0200419075

SEGUNDO.- En auto de 31 de julio de 2019, 8h56, el Conjuerz de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del MTOP, que fuera aclarado y completado por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica (e) del MTOP, con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP por indebida aplicación del literal j) del artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, y del Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185; y, por falta de aplicación del literal a) del artículo 47 de la LOSEP. Corrido traslado con el recurso admitido, el actor da contestación escrita al mismo y solicita que luego de la audiencia se resuelva no casar la sentencia que es motivo de impugnación. En la audiencia de casación oral llevada a cabo el día jueves 1 de octubre de 2020, 11h00, se resolvió aceptar el recurso de casación propuesto por el MTOP y por tanto casar la sentencia impugnada y se rechazó la demanda; siendo que en la resolución oral se produjo un lapsus calami de dicción que no se alcanzó a precisar porque la audiencia se desarrolló por medios telemáticos a través de la plataforma virtual zoom, toda vez que concluida la audiencia la desconexión fue inmediata y no fue posible corregir en ese mismo instante el error de dicción en que se incurrió, pues evidentemente al aceptarse el recurso de casación se estaba casando la sentencia distrital impugnada, de lo cual se deja expresa constancia en esta sentencia.

TERCERO.- Respecto de la indebida aplicación del literal j) del artículo 47 de la LOSEP y de la falta de aplicación del literal a) del mismo artículo 47 de la LOSEP, el MTOP en su recurso argumenta que los jueces distritales en su sentencia consideran que el actor presentó su renuncia al amparo de lo dispuesto en el literal j) del artículo 47 de la LOSEP, sin embargo de que en la renuncia que presentó el señor Bolívar Polo Torres expresamente manifestó que lo hace al amparo de lo dispuesto en el literal a) del artículo 47 de la LOSEP. El referido artículo 47 dispone: *“La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;¼ j) Por acogerse al retiro por jubilación;º*.

CUARTO.- Del considerando segundo de la sentencia impugnada se desprende que el MTOP en su contestación a la demanda manifestó que: *“El entonces Coordinador¼ , contestó a ese Memorando señalando que NO se acepta la renuncia presentada en razón de las disposiciones del Acuerdo Ministerial No. 094 emitido por el Ministerio del Trabajo cuyo objeto es regular las desvinculaciones de los servidores públicos de carrera que se acojan a los beneficios de jubilación por tener más de*

(70) años o por invalidez, las instituciones del Estado que están en el ámbito de la LOSEP, deben aplicar obligatoriamente su contenido. Su petición fue negada en base a la normativa legal aplicable. Tampoco menciona el accionante el Oficio No. MTOP-CGAD-18-30-OF de 22 de enero de 2018, suscrito por la misma autoridad, se le comunicó que el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-094, que viabiliza los procesos de desvinculación de los servidores de carrera que se acojan al retiro por jubilación, por tener más de setenta años o por invalidez, es de cumplimiento obligatorio por parte del MTOP, ratificándose el tenor del Memorando Nro. MTOP-CCGAD-2018-26-ME de 12 de enero de 2018, y se le informó que, de persistir en su deseo de desvincularse de la institución, podrá presentar su renuncia en los términos de la letra a) del artículo 47 de la LOSEP^{1/4}. Mediante Memorando Nro. MTOP-CGAD-2018-76-ME de 6 de febrero de 2018, el entonces Coordinador^{1/4} procede a aceptar la renuncia presentada, señalando que no ha sido planificada y que no está sujeta a la desvinculación de retiro por jubilación no obligatoria, que es el caso del compareciente^o. Por lo que se evidencia que el MTOP le anticipó al accionante que no procedía presentar su renuncia para acogerse a la jubilación, puesto que no estaba planificada, y que de insistir en cesar en sus funciones debía hacerlo al amparo del artículo 47 letra a) de la LOSEP, siendo que el accionante insistió en presentar su renuncia voluntaria irrevocable, conforme él mismo manifiesta en la contestación del recurso de casación: *“Que al final por los impedimentos marcados por la entidad demandada tuvo que presentar mi renuncia al tenor del literal a) del artículo 47 de la Ley citada,^{1/4}°, y en esos términos fue aceptada.*

QUINTO.- Por tanto, el actor presentó su renuncia en los términos dispuestos en el literal a) del artículo 47 de la LOSEP, y ya que los argumentos de la institución casacionista están encaminados a demostrar aquello se debe mencionar que de la sentencia distrital impugnada, conforme quedó detallado en el considerando cuarto de este fallo, se desprende que mediante memorando No. MTOP-CGAD-2018-76-ME de 6 de febrero de 2018 el Coordinador General Administrativo Financiero del MTOP aceptó la renuncia presentada por el actor con fundamento en el literal a) del artículo 47 de la LOSEP, ya que para que pueda presentar su renuncia al amparo del literal j) del artículo referido debía cumplirse con los requisitos que establece la normativa que regulaba la cesación de funciones para acogerse a la jubilación, lo que claramente no había sucedido en el presente caso, pues su renuncia no fue presentada dentro de un plan de desvinculación, es decir no fue planificada, y tampoco se contó con la disponibilidad presupuestaria al efecto, por lo que la autoridad competente aceptó la renuncia del actor en los términos del artículo 47 literal a), esto es, renuncia voluntaria, sin que se haya podido demostrar que se cumplieron los requisitos necesarios para que haya podido renunciar para acogerse a la jubilación y que su renuncia haya sido aceptada en dichos términos a fin de que se pueda conceder

la compensación económica que prevé el artículo 129 de la LOSEP, sino todo lo contrario el MPOT aceptó su renuncia indicándole que no procede el pago de la compensación económica porque su renuncia no fue planificada, por lo que efectivamente se evidencia una indebida aplicación del literal j) del artículo 47 de la LOSEP y por tanto una falta de aplicación del literal a) del mismo artículo 47 de la LOSEP, y se acepta el recurso de casación por este extremo.

SSEXTO.- Respecto de la acusación de indebida aplicación del Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185, el MTOP señala que los jueces distritales en la sentencia impugnada ordenan tramitar favorablemente el pedido de cancelación del beneficio determinado en el artículo 129 de la LOSEP, en los términos previstos en el Acuerdo Ministerial MDT-2018-0185, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 322 de 07 de septiembre de 2018, sin embargo de que no habría estado vigente al momento en que el Ing. Bolívar Rodrigo Polo Torres presentó su renuncia. Al respecto este Tribunal observa que el actor presentó su renuncia mediante memorando No. MTOP-CONS_MOR-2018-5-ME de 4 de enero de 2018, y que mediante memorando No. MTOP-CGAD-2018-76-ME de 6 de febrero de 2018 el Coordinador General Administrativo Financiero acepta formalmente la renuncia presentada por el actor. A través del Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185 de 30 de agosto de 2018 y publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 322 de 7 de septiembre de 2018, se expiden las ^aDirectrices para los procesos de desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación.^o. La institución casacionista continúa exponiendo que los jueces distritales dispusieron tomar especial atención a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del referido Acuerdo, las que se refieren a quienes se retiraron de conformidad con el artículo 47 literal j) de la LOSEP, no siendo ese el caso del actor, como han venido sosteniendo a lo largo de este proceso judicial.

SSEXPTIMO.- Como ya ha quedado explicado en los considerandos precedentes, este Tribunal de Casación evidencia que el actor presentó su renuncia de conformidad con lo determinado en el artículo 47 literal a) de la LOSEP, por lo que claramente el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185 de 30 de agosto de 2018 que contienen las ^aDirectrices para los procesos de desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación^o, no podría ser aplicable al actor puesto que regula el pago de la compensación económica contemplada en el artículo 129 de la LOSEP, para aquellos funcionarios que han cesado en sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 literal j) de la LOSEP. Adicionalmente, se debe considerar que la disposición transitoria segunda del Acuerdo referido dispone: *“Para aquellas*

*instituciones del Estado que cuenten con fondos propios o tengan disponibilidad presupuestaria para el pago de la compensación por jubilación determinada en el artículo 129 de la LOSEP, podrán efectuar las modificaciones presupuestarias correspondientes, a efectos de cancelar a las y los servidores que se retiraron al amparo del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, de conformidad con el literal j) del artículo 47 de la norma ibídem.º, con lo que se evidencia que es un requisito indispensable para el pago de este tipo de compensaciones económicas, que la entidad pública tenga disponibilidad presupuestaria, lo cual no se desprende del proceso; ni tampoco se desprende que el actor haya presentado su renuncia dentro de un plan de desvinculación institucional; por lo que aun en el supuesto de que dicho Acuerdo hubiese sido aplicable, que no lo es por el factor temporal, lo habría sido solo para los funcionarios que cesan en sus funciones para acogerse a la jubilación, y al no haberse observado, por otra parte, tampoco los requisitos de planificación de desvinculación ni de disponibilidad presupuestaria no sería posible de ejecutarlo en el presente caso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 288 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público que dispone: *“La o el servidor público que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se reconocerá al solicitante un estímulo y compensación económica, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y 129 de la misma ley. Dicha solicitud será aceptada por la institución previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria. Para proceder al pago de la compensación económica por jubilación y retiro voluntario, se establece que en caso de que la o el servidor público tenga menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada en bonos del Estado, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará en efectivo. La o el servidor público que acredite la jubilación por invalidez reconocida de conformidad con las leyes de seguridad social, podrá presentar su solicitud y será cancelada durante el ejercicio económico en que fuere calificada dicha invalidez por la respectiva institución de seguridad social. Para proceder al pago de la compensación económica se aplicará lo establecido en el segundo inciso del presente artículo.º*. Por todo lo anterior también se evidencia una aplicación indebida del Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185 publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 322 de 7 de septiembre de 2018, y se acepta también el recurso por este extremo con fundamento en el mismo caso quinto.*

Sin más consideraciones por no ser necesarias, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** Acepta el

recurso de casación interpuesto por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del MTOP, que fuera aclarado y completado por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica (e) del MTOP, con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, y por tanto se casa la sentencia expedida el 21 de diciembre de 2018, 10h53, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en el cantón Cuenca, y se rechaza la demanda, declarándose legal y válido el acto administrativo impugnado. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)



Juicio No. 17741-2012-0052

CONJUEZ PONENTE: ORTEGA CARDENAS FERNANDO, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: ORTEGA CARDENAS FERNANDO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 29 de octubre del 2020, las 11h57. **VISTOS.-** En virtud de que:

A.- El Tribunal de Conjuces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrada por: Francisco Iturralde Albán, Daniella Camacho Herold y Héctor Mosquera fue designado para la admisibilidad de este recurso de casación que lo hizo mediante auto de 11 de abril de 2013, las 11h00.

B.- El 31 de julio de 2014, las 10h53, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, integrada por los jueces Álvaro Ojeda y Maritza Tatiana Pérez y el Conjuez Juan Montero Chávez (Ponente) dictaron sentencia dentro de la causa.

C.- El 31 de agosto de 2016, la Corte Constitucional declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad y a la seguridad jurídica aceptando la acción extraordinaria de protección planteada por Laura Elvira Merizalde Vega en contra de la sentencia de 31 de julio de 2014. Por lo expuesto resolvió:

- 1.- Dejar sin efecto la sentencia del 31 de julio de 2014 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia.
- 2.- Retrotraer los efectos del proceso hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia del 31 de julio de 2014, emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso N°52-2012.
- 3.- Disponer que otros jueces nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro de un plazo razonable, conozcan y resuelvan el recurso de casación interpuesto dentro de la acción subjetiva o de plena jurisdicción N° 17801-2004-11167-LR, de conformidad con la Constitución de la República, la ley, los precedentes jurisprudenciales y la aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es considerando la *decisium* o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituyen la *ratio decidendi*.
- 4.- Una vez emitida y ejecutoriada la resolución de casación se informará a la Corte Constitucional.

FUNCIÓN JUDICIAL
 DOCUMENTO FIRMADO
 ELECTRONICAMENTE

Firmado por
 FERNANDO ORTEGA CARDENAS
 CONJUEZ NACIONAL
 C=ECUITO
 CN=1356215
 OU=0200339026

D.- Con acta de sorteo de 6 de octubre de 2016 correspondió a conocimiento del Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los Jueces: Daniella Camacho Herold, Pablo Tinajero Delgado y Cynthia Guerrero Mosquera.

E.- Con fecha de 15 de mayo de 2018 se procedió a sortear un Conjuez hábil para que reemplace a la Doctora Daniella Camacho Herold quien fue designada como Jueza Nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, correspondiendo al Conjuez Wilman Terán Carrillo la designación.

F.- Tomando en consideración que los Jueces Nacionales: Pablo Tinajero Delgado y Cynthia Guerrero fueron reemplazados por los Jueces Nacionales Encargados: Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango el 20 de noviembre de 2019; quienes mediante auto de 21 de septiembre de 2020, las 11h38, solicitaron se designe un nuevo Conjuez para que reemplace al Doctor Wilman Terán quien pasó a integrar la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

G.- Mediante acta de sorteo de 25 de septiembre de 2020 fue designado el Conjuez Doctor Fernando Ortega Cárdenas como reemplazo del Doctor Wilman Terán en calidad de Conjuez ponente de la presente causa.

Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En la presente causa no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal; así como, tampoco existen causas de nulidad que declarar, por lo que se determina la validez procesal.

1.1.- La señora Laura Elvira Merizalde Vega dedujo recurso contencioso administrativo y demandó al Ministerio de Salud Pública, Subsecretario General de Salud y el Procurador General del Estado. La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Quito resolvió aceptar parcialmente la demanda y dispuso se efectúe la liquidación y pago de la indemnización reconocida en favor de la actora por su retiro voluntario de conformidad a lo prescrito en el inciso segundo de a Tercera Disposición Transitoria y Segunda Disposición General de la Ley Orgánica de Servicio Civil, Carrera Administrativa, de Unificación y Homologación del Sector Público (LOSCCA).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

SEGUNDA.- La Procuraduría General del Estado planteó su recurso extraordinario de casación, el mismo que fue admitido parcialmente por el Tribunal de Conjueces de la Sala Especializada de lo

Contencioso Administrativo se admitió a trámite por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. A su vez, inadmitió los cargos respecto a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

En lo atinente al recurso de Casación planteado por el Ministerio de Salud Pública y delegado de la Procuraduría General del Estado el Tribunal de Conjuces inadmitió la totalidad del recurso.

TERCERA.- La Procuraduría General del Estado concretó su recurso de casación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. En este sentido se habla de una indebida aplicación de la Disposición Transitoria Tercera y la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y falta de aplicación del artículo 278 de la Constitución de la República de 1998 y el artículo 22 de la Ley de Control Constitucional.

CUARTA.- En primer lugar, vamos a hacer la revisión de las presuntas infracciones legales relativas a la presunta indebida aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. En este sentido la argumentación de la recurrente se sintetiza en las siguientes líneas de su memorial:

«La Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que ordenaba una reliquidación de indemnizaciones, a funcionarios que hayan laborado en una entidad pública más de diez años, y que hayan sido liquidados después de haber entrado en vigencia la Ley de Modernización el Estado a consecuencia de supresión de partidas o renuncia voluntaria, estuvo vigente desde el 6 de octubre del 2003 hasta el 3 de diciembre de 2003, fecha en la que se publicó la resolución que declaraba inconstitucional esta Disposición, por lo que de conformidad con lo que disponía el artículo 22 de la Ley de Control Constitucional, esta norma cesó en su vigencia y por tanto no podía ser invocada ni aplicada por juez o autoridad alguna.

Como se señala la propia sentencia, si bien la actora formuló oportunamente su reclamo administrativo, la demanda ante el Tribunal la presentó cuando la norma había perdido vigencia en razón de la declaratoria de inconstitucionalidad; por manera que, la misma no podía ser aplicada por el Tribunal de instancia.» (fjs. 393 cuaderno de instancia)

4.1.- La indebida aplicación de norma sustancial hace relación a la correspondencia que debe existir entre los elementos fácticos, dados por ciertos en la sentencia, por el Tribunal *a quo*, y los hipotéticos normativos de las normas invocadas.

4.1.1.- La casacionista centra su fundamentación de casación en la vigencia, en el tiempo, de la norma de Derecho contenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y

Carrera Administrativa que fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional. Considera que al momento de la demanda la norma en cuestión ya fue declarada inconstitucional por lo que no cabía su aplicación al caso.

4.2.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia en varios fallos en relación a la aplicación del segundo inciso de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa ha reiterado el criterio que si el servidor público *«manifestó su voluntad en forma expresa y ejerció la acción administrativa que la ley pone a su alcance, en fecha anterior a la resolución de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional.»*¹ Este criterio fue ratificado en las sentencias N°270-08², 183³ y 184⁴ por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia.

En la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia dice:

«En la especie, la accionante solicita se el pague los valores que le correspondían por cuanto fue aceptada su renuncia por separación voluntaria a partir del 31 de marzo de 1995, acogiéndose precisamente a las disposiciones contenidas en la Ley de Modernización de Estado; y la Referida Disposición Transitoria Tercera de la LOSCCA; 1/4 (1/4) 1/4

NOVENO.- De autos consta que tanto la reclamación administrativa cuanto que la demanda que originan la presente causa han sido deducidas dentro del término específico previsto en la partir (sic) final del inciso segundo de la disposición transitoria de dicha Ley, que constituye norma especial en esta materia y si la demandada (sic) fue posterior al dictamen del Tribunal Constitucional, tal hecho, no impide, como en este caso, la configuración del derecho subjetivo y su exigibilidad por cuanto las (sic) acción administrativa que emprendió la hoy actora se dieron con anterioridad a tal declaratoria de inconstitucionalidad tal como se deja señalado, sin que se afecte el principio de la no retroactividad de la referida declaratoria.» (fjs. 383 cuaderno de instancia)

4.3.- De lo expuesto, queda claro que el Tribunal de instancia hizo una correcta aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LOSCCA siguiendo la misma línea jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia, antes citada. De ahí, que el yerro alegado por la casacionista carece de sustento por no tomar en consideración principios

1 Registro Oficial Suplemento N° 133 de 20 de febrero de 2010; Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia; Quito, 27 de agosto de 2008; Sentencia de casación N° 275-08; Víctor Hugo Salazar vs. IESS.

2 Ibídem.

3 Registro Oficial Suplemento N° 89 de 16 de diciembre de 2009; Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Nacional de Justicia; Quito, 13 de junio de 2008; Sentencia de casación N° 183; Alba Ipatía Jaramillo vs. Empresa Nacional de Correos.

4 Ibídem.

constitucionales como el de igualdad contenida en el artículo 23 numeral 3º de la Constitución Política del Estado de 1998 (actual artículo 66 numeral 4º de la Constitución de la República) en concordancia con el principio de aplicación directa de los derechos constitucionales del artículo 18 de la Constitución Política de 1998 vigente al momento de los hechos. (Actual artículo 11 numeral 3º de la Constitución de la República).

4.3.- También se alega que existe indebida aplicación de la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El argumento simple que utiliza la recurrente es el siguiente:

«De lo anterior se colige claramente que la Disposición Transitoria Tercera es diametralmente opuesta a la Disposición General Segunda, no sólo porque la una contiene una disposición con efecto retroactivo y la otra rige para lo venidero; sino además, porque la aplicabilidad de la una y la otra imponen circunstancias específicas y distintas.» (fjs. 394 cuaderno de instancia)

Como se puede apreciar, el recurrente hace una contraposición del contenido normativo de la Disposición Transitoria Tercera y la Disposición General Segunda que aplicó el Tribunal de instancia. De suyo este no es un argumento válido para la casación porque no se han determinado los elementos fácticos ciertos que constan en la sentencia y no corresponden al presupuesto normativo. Así quedaría demostrada la indebida aplicación, pero nunca a través de una presunta oposición de normas sin relación a los hechos ciertos de la sentencia. En este sentido están incompletos los cargos de la causal primera respecto a la presunta indebida aplicación de la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

QUINTA.- De otra parte, la falta de aplicación de normas de derecho requiere que el recurrente haga notar los elementos probados en la instancia que se corresponden con el hipotético de la norma no usada por el juzgador.

5.1.- Dentro de este modo de infracción el casacionista ha citado a los artículos 278 de la Constitución de la República y el 22 de la Ley de Control Constitucional. Los cargos planteados sobre estas dos normas se limitan a lo siguiente:

«Como señala la propia sentencia, si bien la actora formuló oportunamente su reclamo administrativo, la demanda ante el Tribunal la presentó cuando la norma había perdido vigencia en razón de la declaratoria de inconstitucionalidad; por manera que, la misma no podía ser aplicada por el Tribunal de instancia.

Debe considerarse que por disposición del artículo 22 de la Ley de Control Constitucional

únicamente no se afectaban las situaciones jurídicas, esto es, demandas, surgidas al amparo de tales normas, antes de la declaratoria de inconstitucionalidad.» (fjs. 393 cuaderno de instancia)

Como se puede apreciar la argumentación de la casacionista parte de un presupuesto falso, que no consta en la sentencia. Como indicamos, en el considerando anterior, el hecho que la actora haya presentado un reclamo administrativo antes de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Tercera de la LOSCCA, hizo que le otorgue el derecho a reclamar su reliquidación, conforme lo decidió el Tribunal *a quo*. El citado artículo 22 de la Ley de Control Constitucional en ninguna parte establece que la existencia de un derecho nace exclusivamente al momento de plantear una demanda judicial y no al plantearse un reclamo administrativo. Por tanto, en aplicación del principio constitucional establecido en el artículo 18 de la Constitución Política del Estado de 1998 (actual 11 numeral 5º de la Constitución de la República) ya hemos dicho que la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LOSCCA es la correcta a los hechos ciertos establecidos en la sentencia impugnada por ser la que más favorece a los derechos del ciudadano, en el caso particular. En consecuencia, el yerro alegado sobre la falta de aplicación del artículo 22 de la Ley de Control Constitucional carece de sustento.

5.2.- Respecto a la alegada falta de aplicación del artículo 278 de la Constitución Política del Estado de 1998, que prescribía:

«Art. 278.- La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley.»

La casacionista utiliza los mismos argumentos que determinó para la falta de aplicación del artículo 22 de la Ley de Control Constitucional. Al respecto, es evidente que en relación a esta norma constitucional la aplicación al caso particular debe estar a tono con la mayor vigencia de los derechos constitucionales del ciudadano, que en este caso es más importante el principio de igualdad, habida cuenta que han existido casos jurisprudenciales similares que han dado más cobertura de derechos. En este sentido, no hay falta de aplicación del citado artículo 278 de la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN

En razón de todo lo indicado y sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal de Casación ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no acepta el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, y en consecuencia NO CASA la sentencia de 29 de junio de 2011, 16h29, expedida por la Primera Sala el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Quito.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

ORTEGA CARDENAS FERNANDO
CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

135370365-DFE

Juicio No. 01803-2018-00114

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO.** Quito, viernes 30 de octubre del 2020, las 12h11. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG y No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjuces Nacionales doctores Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctores Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado, respectivamente; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio signado con el No. 01803-2018-00114 correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia del Juez Nacional (E) doctor Patricio Secaira Durango; en virtud de lo cual avocamos conocimiento de la presente causa, y encontrándose la misma en estado de resolver, para hacerlo se considera:

2.- ANTECEDENTES

2.1.- Sentencia recurrida: Con sentencia de 01 de febrero de 2019, a las 11h26, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00114 deducido por el doctor Edison Hermel García Celi, Procurador Judicial del señor León Rodrigo Espinoza Serrano en contra del Ministerio de Minería y del Procurador General del Estado, resolvió: *“ declarar sin lugar la demanda por improcedente”*.

2.2.- Recurso: El Procurador Judicial del actor interpuso recurso de casación con fundamento en el caso primero del artículo 268 del COGEP.

2.3.- Admisión: Con auto de 16 de octubre de 2019 a las 15H25, el Conjuce Nacional admitió a trámite el recurso de casación interpuesto respecto al caso acusado.

2.4.- Convocatoria audiencia: Con auto de sustanciación de 30 de septiembre de 2020, a las 14h56, el Juez Ponente convocó para el día jueves 08 de octubre de 2020, a las 10h00, para que se desarrolle

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
PATRICIO ADOLFO
SECAIRA DURANGO
DURANGO
L-QUITO
0104386298
0200419075

la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP.

En el día y hora señalados para la audiencia de casación se presentó un inconveniente en el enlace con la plataforma zoom por parte del Procurador Judicial del recurrente, por lo que la diligencia no pudo realizarse, así se desprende de la razón sentada por la Secretaria de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en virtud de lo cual, mediante providencia de 08 de octubre de 2020 se convocó a las partes para el día lunes 19 de octubre de 2020, a las 15h00 para la realización de la mencionada diligencia, que se efectuó por medio de la plataforma zoom y en la que la casacionista sustentó su recurso; sin que hayan comparecido los demandados: Ministerio de Minas, actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, ni la Procuraduría General del Estado.

Luego de la pertinente deliberación la Sala, de conformidad con el artículo 93 del COGEP, hizo su pronunciamiento oral respecto del recurso de casación, decidiendo, por unanimidad, no casar la sentencia recurrida, por lo que corresponde motivar de forma escrita la sentencia en los términos que se exponen a continuación.

3.- COMPETENCIA: Este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 269 del COGEP.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER: En cuanto a lo medular de la presente impugnación, la resolución del recurso de casación propuesto está orientado a decidir si la sentencia expedida el 01 de febrero de 2019, a las 11h26, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, incurre en el yerro acusado, esto es: **Caso primero:** por errónea interpretación de normas procesales.

6.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de la sentencia o auto materia del recurso por parte de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales.

La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, 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, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; 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 por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia. (*Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015*).

7.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA ESTE TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

8.1.- Respecto al caso primero del artículo 268 del COGEP.- El recurrente, con cargo a esta causal, alega la errónea interpretación de normas procesales puesto que aduce que: *“^{1/4}Los jueces aceptan a trámite ORDINARIO sin ninguna observación, que de ser el caso, debieron haberla hecho en su oportuno momento mandando a completar o aclarar la demanda en el numeral 11 del Art. 142 del COGEP. Es más, en el considerando SEGUNDO señalan: “SEGUNDA.- En la tramitación de la causa se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de juicio sin omisión alguna, se ha respetado el ejercicio de los derechos de acción y contradicción según los principios constitucionales del debido proceso y no adolece de causas de nulidad por lo que se declaró su validez. c) Los jueces en síntesis señalan que éste no era procedimiento ORDINARIO sino el trámite que correspondía era el SUMARIO, en virtud de la época de ingreso del trámite que es anterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo, sin embargo de aquello, expresamente en su libelo de demanda establece como procedimiento en que debe sustanciarse la causal el procedimiento ordinario, incurriendo por tanto en causal de inadecuación de procedimiento. (^{1/4}) En el Art. 332 del COGEP se enumeran las acciones que deben sustanciarse por esta vía procesal y el Art. 333 ibídem constan las reglas del procedimiento sumario. El numeral 1 del Art. 332 del COGEP señala que se tramitarán por el procedimiento sumario las demandas ordenadas por la ley, de forma que es importante acudir a otros cuerpos normativos que asignan esta vía procesal a otras causas, por ejemplo, el Código Orgánico de Organización Territorial; Autonomía y Descentralización, Código del Trabajo; Código de Comercio; Código Civil, Ley de Compañías, entre otras. De la lectura del Art. 332 del COGEP, que determina la procedencia y las acciones que se tramitarán por la vía sumaria, encontramos unas de naturaleza civil, otras de familia, niñez y adolescencia, controversias laborales. (^{1/4}) El Art. 289 del COGEP señala que el procedimiento ORDINARIO es aplicable a todas aquellas causas que no tengan un trámite especial expresamente señalado. El COGEP no hace mención expresa de las causas o materias que podrían sustanciarse por esta vía°.*

El cargo contenido en el caso primero del artículo 268 del COGEP, se produce cuando la resolución impugnada ha incurrido en los yerros de 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.

La acusación casacional motivo de la presente impugnación, es aquella que la doctrina y la jurisprudencia la ha denominado como un error *“juris in procedendo”*, su objetivo constituye proteger las leyes del procedimiento, tanto en lo relacionado a la tramitación de la causa, como las que se refieren al pronunciamiento del fallo; por tanto, el control de legalidad que se ejerce sobre la sentencia impugnada tiende a garantizar la tutela del orden jurídico y el debido proceso.

La jurisprudencia nacional en relación al caso propuesto, señala: *“Un proceso se estructura con la reunión de actos que realizados unos por las partes y otros por el Juez buscan la efectividad de los derechos subjetivos por medio de la sentencia; estos actos están sujetos a formalidades señaladas en el Código de Procedimiento Civil. Cuando el acto se aparta de estas formalidades y estas sin sustanciales y no pueden convalidarse, se produce la nulidad procesal por las causales específicamente señaladas por la ley (¼) los trámites procesales son de orden público y no queda al arbitrio del Juez o Tribunal, ni menos de los interesados, modificarlos o alterarlos”*. (Registro Oficial No. 289 de 21 de marzo de 2001, página 32).

Así las cosas, con propósitos de evidenciar si se ha producido el yerro acusado, corresponde inicialmente remitirse a lo que fue considerado en la sentencia impugnada, sobre el punto de debate casacional: *“CUARTA.- El accionante debía plantear el presente trámite por la vía sumaria (en virtud de la época de ingreso del trámite que es anterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo), sin embargo de aquello, expresamente en su libelo de demanda establece como procedimiento en que debe sustanciarse la causa el procedimiento ordinario, incurriendo por tanto en causal de inadecuación de procedimiento; la cual le correspondía a los accionados interponerla dentro de su contestación a la demanda como excepción previa, sin embargo éstos no la plantean; el Ministerio de Minería por cuanto no comparece contestando la demanda; y la Procuraduría General del Estado, en su escrito de contestación no se refiere a la misma; por lo que corresponde ser atendido por este Tribunal en este momento procesal. Así, al plantear una demanda, al decidir sobre su admisión e incluso en el momento previo a resolver sobre el fondo de la misma en cualquier instancia procesal, surge en numerosas ocasiones como inevitable cuestión previa la verificación de cuál es el procedimiento por el que debe ser tramitada; y si éste no es observado adecuadamente por el accionante al momento de plantear la demanda, se incurre en la inadecuación de procedimiento, el cual definido puede entenderse como el defecto procesal, apreciable de oficio o*

a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento, que consiste en la infracción de la norma imperativa determinante de la clase de procedimiento a seguir y que determina, la imposibilidad de resolver lo de fondo y por consiguiente el archivo definitivo de la causa. Para la ordenación adecuada del proceso existen presupuestos, formas, y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia, y que no pueden dejarse en su cumplimiento al libre arbitrio de las partes. La consecuencia que se deriva de este carácter imperativo de las normas procesales es doble, por un lado su posible nulidad de pleno derecho; la razón de este principio es evidente, ya que dejar a las partes la elección de éstas sería tanto como atribuirles la facultad de decidir la forma en que se va a dispensar la tutela jurisdiccional. El COGEP determina cuál es el procedimiento adecuado para este tipo de reconocimientos de incuria administrativa, por lo que la parte actora no puede definir las "reglas de juego" intentando un procedimiento que la normativa no le otorga; así, la inadecuación procedimental genera un problema procesal que cuestiona la decisión de fondo, en estricta observancia del derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser subsanado. La inadecuación de procedimiento es habitualmente planteada en forma de excepción por la parte demandada, pero como ya se ha señalado también es posible que tal defecto procesal debe ser apreciado de oficio por parte del órgano judicial que conoce la causa. En este supuesto lo que se produce es una actuación procesal, del accionante, diferente al del régimen jurídico que le correspondía observar conforme lo previsto en el artículo 142 numeral 11 del COGEP. La resolución 12-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emitida el 03 de mayo de 2017, establece claramente en su parte pertinente que: " (1/4); de manera que, si un asunto se ha sustanciado conforme las reglas de un procedimiento (que no correspondía), tal cuestión no es susceptible de subsanar. Ello ha de entenderse así porque la Constitución reconoce que el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las competentes (Art. 82 CRE); y, el legislador, en ejercicio de su función constitucional de legislar, ha establecido los presupuestos y requisitos que deben observar y aplicarse para sustanciar de las controversias en un específico procedimiento (en base a ciertos hechos). (1/4); o dicho en otras palabras, porque el procedimiento en que debe sustanciarse un determinado asunto ante los juzgados o tribunales no es una cuestión voluntaria de las partes sino un mandato de la ley. (1/4).º Entonces, si los presupuestos de ley no han sido observados adecuadamente por la parte accionante, a este Tribunal le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito".

El yerro de errónea interpretación comporta la aplicación pertinente de una norma al caso concreto, pero que el juzgador al emplearla le ha otorgado un alcance o dimensión distinta al que previno el

legislador, es decir, en la concurrencia del vicio de errónea interpretación intervienen dos supuestos fundamentales: a) la norma ha sido aplicada en el fallo impugnado, es decir, consta incorporada en su motivación; y, b) la norma es la adecuada para el caso litigado, por tanto no cabe discusión sobre su pertinencia; no obstante, el juzgador en su tarea le ha atribuido una interpretación distorsionada de su verdadero sentido. Para que prospere el vicio de errónea interpretación, el casacionista debe explicar cómo la norma que acusa ha sido erróneamente interpretada y en tal circunstancia, cuál era el sentido que debía otorgársele de acuerdo a su tenor literal, es requisito preponderante que la norma que se acusa como erróneamente interpretada, se encuentre expresamente aplicada en el fallo, para que de esta forma los jueces de casación logren advertir en el contexto argumentativo del fallo la interpretación errónea que se le otorgó.

En la especie, el recurrente no logra identificar con precisión la norma procesal respecto a la cual se produjo el vicio de errónea interpretación, puesto que refiere de forma muy general a que el artículo 142 numeral 11 del COGEP, establece como uno de los requisitos de la demanda *“La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa”*; no obstante, en el desarrollo y fundamentación del recurso de casación, no consigna la proposición jurídica completa que exige la técnica de casación respecto al yerro acusado.

Sin embargo de existir este error manifiesto en el aspecto formal de la impugnación casacional, vamos a proceder al análisis de los argumentos de fondo del recurso, que en definitiva se refieren a que el procedimiento que le correspondía a la presente causa es el *“ordinario”* conforme fue establecido en la demanda y admitido en primera providencia, y no por el contrario, sostener como lo hace la sentencia impugnada que el procedimiento era el *“sumario”* por lo que a criterio del recurrente, Tribunal de instancia concluye erróneamente que existe *“inadecuación del procedimiento”*.

En ese orden, se observa que las pretensiones del recurrente se remiten puntualmente a que: *“1) Que se DECLARE LA NULIDAD de la Resolución No. MM-MM-2017-0535-RM emitida por el Ministerio de Minería, con fecha 15 de diciembre de 2017, a las 10h30, suscrito por el Abg. Philip Ismael Montesdeoca Peralbo, Coordinador General Jurídico del Ministerio de Minería, **por cuanto fue dictado por un órgano incompetente en razón del tiempo.** 2) Que mediante sentencia se determine que el Recurso de Apelación interpuesto el 14 de julio de 2017 por el compareciente ante el Ministerio de Minería, **ha sido resuelto favorablemente por el Ministerio de la Ley,** de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del Art. 177 del ERJAFE que señala: *“El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.”* 3) Se otorgue la concesión minera bajo el régimen de pequeña minería metálica del área denominada *“PRISCILA”* a favor del señor LEON RODRIGO ESPINOZA*

SERRANO, en razón de que el Recurso de Apelación, fue resuelto favorablemente por el Ministerio de la Ley, de conformidad con lo previsto en el Art. 172.2 del ERJAFE° . (El resaltado nos pertenece).

Nótese que la pretensión del recurrente consiste en que se atienda favorablemente el recurso de apelación propuesto en sede administrativa, en virtud de que considera que la administración pública ha superado el plazo previsto en el artículo 172 numeral 2 del ERJAFE para pronunciarse, por lo que ha operado la figura del denominado ^a silencio administrativo positivo^o en favor del administrado. El silencio administrativo es entendido como un acto administrativo presunto que se genera como consecuencia de la falta de pronunciamiento de la administración pública dentro de los plazos que la ley ha previsto para el efecto, por lo que se traduce en un mecanismo de protección del administrado.

De acuerdo a la pretensión del recurrente, el Tribunal de instancia concluye que el procedimiento mediante el cual debía sustanciarse la presente causa, es el sumario, de conformidad con el artículo 327 del COGEP que establecía que todas las acciones contenciosas administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.

La referida disposición se mantuvo vigente hasta la expedición del Código Orgánico Administrativo, que entró a regir luego de transcurridos doce meses contados a partir de su publicación en el Registro Oficial Suplemento No. 31, de 7 de Julio del 2017, es decir, el ,31 de julio de 2018.

Es así que el vigente COA modificó el procedimiento sumario al que estaba sujeto la ejecución del silencio administrativo, e incorporó a continuación del artículo 370 del COGEP, el artículo 370 A, que establece que, si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes. Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

Considerando las disposiciones legales referidas y sus respectivas reformas, se advierte que la ejecución del silencio administrativo nunca estuvo sujeta al procedimiento ordinario, como acertadamente lo sostiene el Tribunal de instancia, sino que más bien la motivación de la sentencia impugnada se encuentra encaminada a establecer que a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 12 de abril de 2018, el silencio administrativo se sustanciaba bajo el procedimiento sumario, vigente hasta antes de la expedición del COA que modificó el procedimiento a uno especial de ejecución.

Finalmente, para efectos de que se comprenda los presupuestos de procedencia del caso primero del artículo 268 del COGEP, es pertinente remitirse a la siguiente cita jurisprudencial: *“Esta causal, de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, se fundamenta en la violación de la ley adjetiva que produce nulidad insanable o indefensión, para los efectos procesales de casación, la resolución está viciada de nulidad por error “in procedendo” en los siguientes casos: cuando el órgano jurisdiccional carece de jurisdicción o competencia, cuando los litigantes no tienen capacidad jurídica y procesal, cuando en fin se ha dejado de convocar de modo que se posibilite el ejercicio válido de los actos procesales, lo cual a la vez ocasiona una indefensión que haga ineficaz la resolución”*. (Registro Oficial No. 300-5, abril 2001, página 18).

En virtud de la argumentación expuesta, se puede evidenciar que el yerro contenido en el caso primero del artículo 268 del COGEP, exige que el error que recaiga en la norma procesal invocada, ocasione la nulidad del proceso por violación de las solemnidades sustanciales, o haya causado indefensión, hecho que evidentemente no ha ocurrido, ni se ha demostrado en el presente caso, por lo que el cargo acusado no puede progresar.

IX.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, se rechaza el recurso de casación propuesto por el doctor Edison Hermel García Celi, Procurador Judicial del señor León Rodrigo Espinoza Serrano, y en consecuencia, **NO CASA** la sentencia expedida el sentencia de 01 de febrero de 2019, a las 11h26, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del proceso judicial No. 01803-2018-00114. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

135368283-DFE

Juicio No. 17811-2018-01126

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO.** Quito, viernes 30 de octubre del 2020, las 12h01. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la doctora Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **17811-2018-01126**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la Resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjuces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los Jueces Nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; Conjuces que avocamos conocimiento de la presente causa; del mérito de los autos con relación al punto litigioso controvertido, el caso admitido y de lo debatido en la audiencia de casación el día 14 de octubre de 2020, 14h00, y conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, estando la presente causa en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia, dentro de esta causa signada con el No. 17811-2018-01126 el viernes 25 de octubre de 2019, las 08h49, promovido por la ciudadana Paola Gabriela Coba Vinelli, en contra de la Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado, en la cual se ha resuelto: *“ (¼) ACEPTAR PARCIALMENTE la demanda presentada por la señora Paola Coba Vinelli, por sus propios derechos y DECLARA LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 38325 de 26 de marzo de 2018. Se rechazan los pedidos de daños y perjuicios así como la determinación de responsabilidades de funcionarios públicos, por los motivos expuestos en este fallo. Sin costas ni honorarios que regular. (¼)°.*

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRONICAMENTEFirmado por
PATRICIO ADOLFO
SECAIRA DURANGO
DURANGO
QUITO
06041896283
0200419075

2.2 RECURSO: Que la Contraloría General del Estado, parte demandada del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundado en el caso cinco previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3. ADMISIÓN: El Conjuez Temporal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 17 de enero de 2020 las 15H12, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN 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, que han sido emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, 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, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; 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 por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la sentencia sostiene que: *“(1/4) Art. 26.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán*

enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata.

Art. 72.- Declaratoria de la caducidad.- En todos los casos, la caducidad será declarada de oficio o a petición de parte, por el Contralor General o por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, según se hubiere presentado el reclamo como acción o como excepción.

7.3.2. RELACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA AL PRESENTE CASO.- La problemática planteada ante este Tribunal, conforme se estableció en el objeto de la controversia, y por lo tanto en lo expuesto por las partes en la demanda y contestación a la misma; gira en torno a la existencia de vicios que acarreen la nulidad de la resolución No. 38325 de 26 de marzo de 2018 emitida por el Director Nacional de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado. Resolución que confirma la responsabilidad administrativa culposa No. 13002-DPR de 12 de mayo de 2017 que consiste en una multa de US\$ 3.400 equivalente a 10 salarios básicos unificados para el trabajador en general, vigente a la época. Visto los cuestionamientos formulados por la actora en contra del mencionado acto administrativo, y en atención a lo dispuesto en los artículos art. 300 y 313 del COGEP debemos realizar un análisis del acto objeto de impugnación en esta causa. Si bien es cierto, el mismo goza de presunciones de legitimidad y legalidad y está llamado a cumplirse dichas presunciones pueden ser desvanecidas si existiesen elementos para ello. De la revisión del acto objeto de la impugnación (fs. 2) tenemos que el mismo contiene una resolución que confirma la responsabilidad administrativa culposa 13002-DPR de 12 de mayo de 2017 que impone una multa de US\$ 3.400 la cual equivale a 10 salarios básicos unificados para el trabajador en general, vigente a la época. Multa impuesta en contra de la accionante y que nace como resultado del informe del examen especial DASE-0094-2016 practicado por la Dirección de Auditoría de Sectores Estratégicos de la Contraloría General del Estado a los procesos precontractual, contractual, ejecución de los contratos de compra venta de petróleo crudo 2013169, 2014090 y 2015148 suscritos el 2 de diciembre de 2013, 15 de mayo de 2014 y 26 de junio de 2015 en su orden y sus contratos accesorios entre la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP. PETROECUADOR y UNIPEC ASIA CO. LTD y PTT INTERNATIONAL TRADING PTE.LTD. Actuación de la Contraloría realizada en uso de sus facultades de control y que fueran ejercidas para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 al 31 de enero de 2016. Ahora bien, tenemos que del expediente administrativo consta el informe general a los mencionados procesos contractuales. Informe general constante a fs. 1 del expediente administrativo. Del mencionado expediente se evidencia que la Contraloría emitió el orden de trabajo (fs. 103 del expediente administrativo) el 11 de febrero de 2016, hecho que concuerda con el contenido del informe al examen especial realizado, orden que fuera modificada el 24 de febrero de 2016, y 29 de febrero del mismo año todas estas modificaciones no hacen referencia alguna a que se haya producido un caso de fuerza mayor y por lo tanto los términos que empezaron a contar desde la emisión de 11 de febrero de 2016 se vean modificados, más aún cuando de los

contenidos de dichas modificaciones a la orden de trabajo, se hace referencia a temas de errores de información sobre fechas de suscripción de contratos o simplemente se modifica sin explicación o justificación detallada. En conclusión, no se evidencia de estas modificaciones a la orden de trabajo temas insalvables por los cuales se pueda interrumpir los plazos o términos que de acuerdo al art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se encontraban ya decurriendo. Consta a fs. 6 del expediente administrativo la aprobación del informe hecho que sucede el primero de diciembre de 2016. Es decir fuera del término contemplado en el artículo mencionado en el párrafo precedente. Norma clara que dice, en lo pertinente, sobre el término para que los informes sean aprobados: ^a (1/4) Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata^o. En consecuencia, debemos aplicar lo dispuesto en el art. 72 de la citada ley, esto es declarar que se ha producido la caducidad de la facultad de control de la Contraloría General del Estado en sus actuaciones, concretamente en la emisión de la resolución No. 38325. En consecuencia, dicha resolución adolece de nulidad insalvable pues se ha evidenciado que la misma fue dictada cuando la autoridad de la que emanó carecía de competencia en razón del tiempo. Profundizando sobre el tema debemos decir que de la forma en que está redactado el art. 26 de la Ley citada, se concluye que al mencionar que el término contemplado es improrrogable, la ley busca que la autoridad observe dicho plazo de manera obligatoria caso contrario el efecto no puede ser otro que la caducidad de su facultad. Caducidad que se produce por el mero transcurso del tiempo, esta lectura de la norma guarda coherencia con lo que la caducidad implica, esto es una garantía para el administrado y una presión hacia la Administración para que cumpla con sus obligaciones dentro del tiempo otorgado por la ley: de no hacerlo pierde sus competencias para actuar, situación realmente grave considerando que la justificación de la existencia de la Administración es garantizar el cumplimiento de normas jurídicas que permitan una convivencia social ordenada y que garantice a los ciudadanos ejercer sus derechos de manera plena. Sobre la caducidad existen varios fallos sobre ello, nos parece pertinente remitirnos a uno, este es el dictado por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en su resolución No. 630-2017 donde expresa: ^a CUARTO.- Debe tenerse en cuenta que la caducidad es una institución jurídica consignada en el derecho positivo, que permite la extinción del derecho de acción por el transcurso del tiempo, y por la inactividad tanto del administrado como de la administración pública, ya que la caducidad no puede ser interrumpida por ninguna circunstancia, en virtud de que el tiempo asignado por la ley para el ejercicio de un derecho deber ser usado por el administrado en procura de sus

reconocimientos y por la administración pública como mecanismo determinante de obligaciones y sanciones; puesto que de no hacerlo, ese derecho y esa obligación se extinguen, desaparece de la vida jurídica como se extingue también por el decurso del tiempo la competencia de la autoridad pública para pronunciarse respecto del fondo de los temas puestos a su conocimiento y resolución. De modo que el juzgador está obligado a declararla cuando objetivamente se establece en el proceso que tal caducidad se ha producido, aun en el caso de que no exista petición de parte, ya que esa institucionalidad jurídica pertenece al orden público, en favor del interés colectivo y no puede dejarse "ad infinitum" a disposición de los administrados y de la propia administración pública, derechos y obligaciones que pueden afectar ese interés social, pues esto constituiría una violación del principio de seguridad jurídica consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República." Destacados tratadistas del Derecho Administrativo han dejado en claro la importancia de la competencia como requisito esencial del acto administrativo, la cual puede terminar en razón del tiempo. Para mayor claridad citamos a Roberto Dromi quien dice: (1/4) Por el tiempo. Comprende el ámbito temporal en el cual es legítimo el ejercicio de la función. La competencia es por regla general permanente, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas. Pero en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución sólo por un lapso determinado. Se dice, entonces que la competencia es temporaria. Existe también un fallo que vale la pena mencionar y que tiene que ver expresamente con la aplicación del art. 26 de la Ley citada, sentencia emitida por la Corte Constitucional en donde negó la acción extraordinaria de protección presentada en contra del recurso de casación No. 01237-2016 emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional. La Corte Constitucional dice sobre el análisis de dicho artículo: "Una vez correlacionados los razonamientos de la sentencia impugnada con el contenido de la norma jurídica, es evidente para este máximo organismo de Administración de Justicia constitucional que la Sala de Casación, en ejercicio de su potestad de control de legalidad, emitió un criterio judicial en estricto apego al contenido del art. 26 -en ese entonces- de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, puesto que, al determinar que las actuaciones de la entidad pública de control deben ejecutarse dentro del plazo previamente establecido en la Ley pertinente, tutelaron la vigencia del derecho Constitucional a la seguridad jurídica, en razón que garantizaron la previsibilidad de las actuaciones del ente de control, al asegurar que observen la normativa previa, clara y pública, establecida en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado" En consecuencia y ante la evidencia constante en el expediente administrativo que demuestra que el ente de control ha emitido su acto fuera de los plazos establecidos en la ley, siendo el efecto de ello la pérdida de su competencia en razón del tiempo, este Tribunal encuentra que el acto impugnado resulta nulo por haber sido emitido por autoridad que carecía de competencia para ello. Por todas estas razones este Tribunal no puede pronunciarse sobre el resto de alegaciones de la actora. En

cuanto al pedido de la misma sobre el reconocimiento de daños y perjuicios este resulta improcedente puesto que la accionante de la forma en que ha planteado su acción así como la actuación de su prueba no evidencia ni puede sostener la existencia de daños y perjuicios en su contra. En consecuencia, se rechaza tal solicitud y por los mismos motivos tampoco cabe aceptar el pedido de determinar responsabilidades en contra de funcionarios públicos. (¼)°.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO El recurso interpuesto por la Contraloría General del Estado, al interponer su recurso, lo hace basándose en el caso **cinco** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por la errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el recurrente sustenta su recurso en el hecho de que la sentencia de la que recurre establece que la orden de trabajo se emitió el 11 de febrero de 2016 y fue modificada el 24 y 29 de febrero de 2016 y que no se hace referencia de que se haya producido por fuerza mayor; y la aprobación del informe el 1 de diciembre de 2016. Es decir, fuera del término contemplado el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Afirma que el Tribunal al calcular el término de 180 días, sin tomar en cuenta que la norma mencionada hace referencia a 210 días término.

En tal sentido, los tiempos establecidos en la norma deben entenderse como término (días hábiles) y no como plazo, inclusive por así haberse determinado en el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, constante en el oficio No. 00827 de 15 de abril de 2015, Organismo que, ante la consulta de la Contraloría General del Estado, relacionada con el artículo 26, señaló:

“(¼) El artículo 26 reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que el proceso de auditoría se integra de dos fases, perfectamente diferenciadas según se analizara al atender su segunda consulta, cada una de las fases de dicho procedimiento administrativo se debe desarrollar dentro del respectivo periodo de tiempo que el legislador ha establecido para el efecto en días.

De conformidad con la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, sus normas son aplicables supletoriamente a las entidades del sector público y de acuerdo con el artículo 118 de dicho Estatuto, en los procedimientos administrativos en que los plazos o términos se señalen en días, se entiende que éstos son hábiles y por lo tanto se excluye en su computo los sábados, domingos y feriados.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, tanto el periodo de tiempo de 180 días señalado en la parte inicial del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, reformado por el Código Orgánico Integral Penal, como el de 30 días que prevé la parte final de esa norma para la aprobación del Informe de auditoría por parte del Contralor o su delegado, de

conformidad con el numeral 1 del artículo 118 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), subsidiariamente aplicable a los procedimientos administrativos, deben ser considerados únicamente como días útiles o laborables.º.

Por lo señalado estiman que el término para aprobación del informe de examen especial, no ha sido sobrepasado por este ente de control, ya que este se aprobó el 1 de diciembre de 2016, fecha hasta la cual no se había cumplido los 210 días término, tomando en cuenta que la orden de trabajo, fue emitida el 11 de febrero de 2016.

8.- RESPECTO DEL CASO CINCO DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP, POR LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO. ANÁLISIS DE LA SALA:

8.1 El caso cinco del artículo 268 del COGEP, se refiere: *“ 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.º .*

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro in iudicando jure de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva, en razón de que no se ^a han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derechos sustantivoº. (Andrade, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 182).

8.2 La causal dice relación a que en la sentencia o auto del que se ha recurrido, se habría infraccionado normas jurídicas materiales, lo cual genera un vicio de afectación directa a esa clase de disposiciones jurídicas, que por su calidad de materiales establecen derechos y obligaciones o las limitan; por manera que están lejos de esta causal, las infracciones o vicios que pueden estar presentes y que dicen relación a normas jurídicas de orden procesal o instrumental, que son las que conducen a la aplicación adecuada de las primeras.

La errónea interpretación, que es el modo de infracción denunciado en el recurso en estudio, al decir de Murcia Ballén consiste en: *“ Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le*

corresponde. Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado^o. (Humberto Murcia Ballén, ^aLa Casación Civil en Colombia^o).

8.3 En este contexto es claro que, cuando se alega la errónea interpretación de norma jurídica, corresponde al casacionista, explicar en su fundamentación: a) cuál es la norma sustantiva infringida; b) si esta ha sido usada en la sentencia o auto recurrido; c) si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; d) cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial; e) explicar el método de interpretación usado en la decisión judicial; f) determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde, por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; g) para luego establecer cuál es la interpretación que debió darse a la norma, cuál es el método de interpretación o la correcta aplicación de sus reglas, a fin de concluir con el razonamiento lógico-jurídico que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción

Es indispensable que ese orden debe observar la fundamentación del recurso, a fin de que se permita al juez de casación determinar en primer momento, si las normas denunciadas como infringidas pertenecen al ámbito sustantivo, ya que, de no formar parte de este segmento normativo, la improcedencia de fondo del recurso de casación sería el resultado que exige el caso. Solo si las normas infringidas son sustantivas es posible el análisis de fondo de la infracción y vicio denunciados.

8.4 A ese objeto se tiene que el recurso afirma que la sentencia reprochada ha infringido el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que ordena:

Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación. Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado y serán tramitados en los plazos establecidos en la ley y los reglamentos correspondientes, los mismos que desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, como regla general, no excederán de un año. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado y enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas.

8.5 De la transcripción de las disposiciones jurídicas denunciadas como infringidas, la Sala puede establecer que:

El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, estatuye que los informes de auditoría, en sus diferentes clases y modalidades, deben tener el contenido que allí se establece; informes que, entre la orden de trabajo y su aprobación por parte del Contralor General del Estado no podrán exceder del término de 180 días.

Estos elementos, permiten determinar sin dubitaciones que la disposición legal denunciada como infringida, se trata de una norma jurídica de orden procesal ya que instrumenta el contenido y el plazo en que deben ser aprobados los informes de auditoría, sea cual sea su clase o modalidad.

Cuando la Ley fija tiempos para el ejercicio de la potestad, de la competencia o de la facultad pública, ha de entenderse que sus funcionarios o agentes a quienes les han sido atribuidas por la ley, tienen la habilitación jurídica para obrar de la forma en que el ordenamiento jurídico fija solo dentro de los límites temporales determinados jurídicamente; por manera que, en el caso de que aquellas actuaciones no han sido ejercidas con esa oportunidad, el efecto lógico es el fenecimiento o extinción de esa competencia; a la cual la doctrina la conoce como caducidad de competencia en razón del tiempo. Caducidades que pueden producirse en distintas fases del procedimiento por efecto de la aplicación del principio de seguridad jurídica y de su garantía de preclusión, por la cual el legislador no permite que el administrado y peor la administración pueda tener a su disposición todo el tiempo para el ejercicio de derechos y competencias.

El Artículo 26 contiene la fijación de un plazo fatal para la aprobación del informe; cuya aprobación da paso a que la administración contralora pueda analizar y estudiar la potencial existencia de responsabilidades civiles o administrativas culposas y eventualmente indicios de responsabilidad penal en las actuaciones a las que el informe se refiera.

Debiendo tenerse que una vez producida la caducidad, esta determina el fenecimiento de la competencia y la imposibilidad jurídico-procesal de que la administración pueda continuar con los procedimientos secuenciales posteriores; es por ello que la misma Administración o los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo están obligados a declararla de oficio o a petición de parte, cuando del estudio del proceso y sus recaudos está se halle presentes; declaratoria que por tanto puede hacerse en cualquier fase del proceso judicial.

Por último, la caducidad es un instituto propio del derecho procesal, que dice relación a las afectaciones del derecho a la acción del administrado y del actuar administrativo.

Por todas las consideraciones expuestas es evidente que el recurso de casación en estudio es improcedente en razón de que mediante la causal quinta del artículo 268 del COGEP, solo se puede

anunciar la infracción directa de normas sustantivas; sin que la causal admita la posibilidad de que usando la causal se denuncie infracción de norma procesal, como ocurre en la especie.

11.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, consecuentemente, **NO CASA** la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expedida el 25 de octubre de 2019.- Sin costas. Actúa la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

135367768-DFE

Juicio No. 17811-2018-00503

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO.** Quito, viernes 30 de octubre del 2020, las 11h58. **VISTOS: 1.- AVOCO:**

Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N°4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la doctora Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N°341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **17811-2018-00503**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la Resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjuces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los Jueces Nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; Conjuces que avocamos conocimiento de la presente causa; del mérito de los autos con relación al punto litigioso controvertido, los casos admitidos y de lo debatido en la audiencia de casación el día 20 de octubre de 2020, 15h00, y conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, estando la presente causa en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió auto interlocutorio, dentro de esta causa signada con el No. 17811-2018-00503 el martes 10 de septiembre de 2019, las 15h41, promovido por el ciudadano Rammy David Harnisth Noboa, en contra de la Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado, en la cual se ha resuelto inadmitir la demanda, disponiéndose su archivo, por cuanto ha sido presentada fuera del término legal; Tribunal que, en auto de 20 de septiembre de 2019, ha negado el recurso horizontal de aclaración promovido por el accionante.

2.2 Recurso: El ciudadano Rammy David Harnisth Noboa, parte actora del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra del auto interlocutorio ya identificado, fundado en los casos

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
PATRICIO ADOLFO
SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL
C-QUITO
135367768
0200419075

uno, dos y tres previstos en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3 Admisión: El Conjuetz Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 23 de enero de 2020 las 15H21, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN 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, que han sido emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, 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, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; 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 por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa del auto interlocutorio estimó que: ^aEn lo principal, en esta fecha y a la hora señalada en auto de 27 de junio de 2019, se llevó a cabo la audiencia preliminar dentro de este proceso con la comparecencia de las partes procesales en la forma establecida en los arts. 41, 42 y 86 del COGEP. Esta audiencia se desarrolló de la siguiente forma, como se podrá comprobar del acta resumen a fjs. 224-225 del proceso y del CD a fjs. 223. Una vez instalado el tribunal competente para conocer este proceso, habiéndose verificado la comparecencia de las partes procesales en debida forma, se inició con las etapas establecidas en el art. 294 del COGEP, no existiendo excepciones previas presentadas y tampoco observaciones de las partes respecto a la validez procesal. Sin embargo de lo cual, siendo el momento oportuno y encontrándose la audiencia en la etapa de validez procesal, el tribunal solicitó a

las partes que confirmen cuál es el acto impugnado y en qué fecha se notificó, asimismo que procedan a exhibir la razón de notificación con la fecha de notificación del acto en litigio. Así, las partes procesales exhibieron dicha razón de notificación y señalaron que la fecha de notificación del acto impugnado fue el 5 de diciembre de 2017.- Con esta afirmación, se solicitó además, la certificación de la secretaria del proceso, respecto a la fecha de notificación del acto impugnado, la fecha de presentación de la demanda en este tribunal y la contabilización del término establecido para presentar la demanda en el caso de acciones subjetivas -como el presente caso-. Con la certificación de la secretaria este tribunal estableció que, habiendo sido escuchadas las partes, observada la razón de notificación del acto impugnado y vista la certificación emitida por la secretaria de este tribunal, se constató que la razón de notificación, presentada tanto por el actor como por el demandado, como obra de fjs. 20 del proceso en copia certificada y en fjs. 179 del expediente administrativo, fue el día 5 de diciembre de 2017, motivo por el cual, a la fecha de interposición de la demanda, esto es, el día 19 de abril de 2018, a las 16h54, como se verifica del acta de sorteo, ya habían transcurrido más de los 90 días establecidos en el art. 306 numeral 1 del COGEP, por lo que en atención a dicha norma y al art. 307 ibídem, se estableció que la demanda, al haberse presentado fuera del término de 90 días, es extemporánea, habiendo prescrito el derecho para ejercer la acción. Consecuentemente se inadmitió la demanda y se dispuso el archivo de este proceso, por haber sido presentada fuera del término legal de 90 días. Auto interlocutorio que fue notificado a las partes procesales dentro de la audiencia preliminar y, contra el cual no se presentó recurso alguno.- Se pone en conocimiento de las partes que se expide este auto interlocutorio por escrito, con la única finalidad de dar por concluido el proceso dentro del Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano, SATJE, pues el mismo ya fue notificado a las partes en audiencia preliminar con los efectos propios contemplados en el art. 67 del COGEP (1/4)°.

En el auto que niega la aclaración del interlocutorio, se ratifica la extemporaneidad en la presentación de la demanda.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO En el recurso interpuesto por el ciudadano Rammy David Harnisth Noboa, determina las causales en las que lo funda con el siguiente detalle:

- a) Por cuanto considera que en el auto que ataca se ha resuelto lo que no es materia del litigio Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio. (Causal 3, Art. 268 COGEP)
- b) Por falta de aplicación de la Resolución 12-2017 de la Corte Nacional de la Justicia. (Causal 1 del Art. 268 COGEP)
- c) Por no cumplir el requisito de motivación. (Causal 2, Art. 268 COGEP).

El recurrente sostiene en su fundamentación que:

7.1 Causal primera: Con respecto a la falta de aplicación de la resolución 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia; que según informa su recurso, el vicio se refiere a la causal primera del artículo 268 del COGEP, la cual es de obligatorio cumplimiento; en la que se explica que las excepciones previas deben ser propuestas en la contestación a la demanda por la parte accionada; resolución que en sus antecedentes se refiere a los artículos 152 y 295 del COGEP; y, de ser insubsanables y procedentes se inadmite la demanda y se ordena su archivo.

Que, en el caso los demandados contestaron la demanda y no plantearon excepción previa alguna; por lo que el Tribunal no pudo usar aquellas para declarar caducado el derecho y archivar la causa; mucho menos si la demanda fue debidamente calificada.

Que, el artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos establece que en el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro del término, inadmitirá la demanda; lo que significa que la caducidad ha de ser declarada en primera providencia y no en otra etapa o fase procesal. Que de ello se infiere que esa materia ya no estaba en discusión.

7.2 Causal tercera: Sobre la causal tercera del artículo 268 del COGEP afirma que la Contraloría General del Estado, jamás propuso la caducidad como excepción previa y el auto de calificación a la demanda se encuentra firme. Que, en cuanto al errado cálculo de días efectuado por el Tribunal, se tiene que a la fecha en que se le notificó con el acto administrativo, hubo dos días de feriado, n habiéndose labrado el miércoles 6 de diciembre y tampoco se laboró el 8 de diciembre de 2017; días que no se deben contar

7.3 Causal segunda: Que la causal invocada, está presente ya que no se aplicó el artículo 76.7.1) de la Constitución. Que en el escrito de aclaración y ampliación del auto recurrido se solicitó ^a despejar las partes poco claras del auto de archivo del proceso, las mismas que no fueron aclaradas de forma motivada. Era obligación del Tribunal pronunciarse sobre los puntos que solicité aclaración y ampliación, principalmente por lo que mandan los Arts. 76 N.º 7 letra i) de la Constitución, y 4 N.º 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionalº (sic). Que ese auto solo explica el cálculo realizado por el Tribunal y certificado por secretaría el día de la audiencia preliminar y que con eso es suficiente para negar su pedido.

8.- ANÁLISIS DE LA SALA SOBRE LAS CAUSALES INVOCADAS:

8.1 Causal primera: La causal primera del artículo 268 del COGEP, se refiere al vicio del auto o

sentencia recurrida, que se genera: ^a 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 hay sido subsanada en forma legal^o.

La doctrina y los fallos expedido por las salas especializadas de la exCorte Suprema de Justicia y por las que pertenecen a la actual Corte nacional de Justicia, coinciden en señalar que: *^a Por medio de esta causal se impugna la inobservancia de las formas legales que garantizan la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo. En consecuencia, cuando una de las partes estima que existe motivo de nulidad que debe ser declarada, puede acceder a la casación a través de la causal/4^o* (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama *“El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional”*. Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

En la especie, es claro que el recurrente denuncia que el auto que reprocha incurre en el yerro de falta de aplicación de la resolución 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia; modo de infracción que procede siempre que se justifiquen las razones por las cuales esa norma jurídica ^a procesal^o, era la pertinente para dar solución al problema jurídico, para lo cual es necesario también determinar cuál norma jurídica a sido usada en lugar de la omitida y las razones por las cuales el juzgador la utilizó indebidamente; elementos que no están presentes en el recurso en estudio.

De otra parte, la causal escogida, exige que se demuestre de qué manera el modo de infracción ha viciado el proceso de nulidad insubsanable o a causado indefensión al recurrente; para lo cual debe justificarse la violación de aquellas normas jurídicas que el ordenamiento nacional tipifica como causales de indefensión o de nulidad, atendiendo el principio de especificidad y, desde luego el de trascendencia, al que se refiere la parte final de la causal, la cual dice relación a que los vicios puedan tener incidencia grave en la decisión de la causa. Elementos que ciertamente están ausentes en el escrito de interposición y no fueron expresados tampoco en la audiencia de sustentación del recurso, por parte del casacionista. Razones por las causales el recurso es improcedente por esta causal.

8.2 Causal tercera: La causal tercera del artículo 268 del COGEP, contiene los vicios, a los que la doctrina reconoce como de incongruencia en el auto o sentencia materia del recurso; la cual puede estar presente en tres circunstancias o vicios en la decisión judicial; así: (i) cuando el juzgador de instancia otorga más de lo pedido (*ultra petita*), cuando se concede menos de lo pedido (*infra petita*), o cuando se concede algo que no fue solicitado (*extra petita*). En esta virtud, se puntualiza que la traba de la litis tiene lugar, cuando la parte demandada contesta la demanda incoada en su contra, contraponiendo excepciones para desvirtuar las pretensiones del actor o negando pura y llanamente

los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, con lo que se colige que, tanto las pretensiones como las excepciones deben tener identidad entre sí, para que de esta manera, efectivamente el juzgador de instancia tenga certeza de los puntos sobre los que se circunscribe el litigio que debe conocer, y de esta manera, resolver absolutamente todos los petitorios realizados por los sujetos procesales.

Sin embargo, debe tenerse presente que en la especie no solo es aplicable el artículo 307 del COGEP, sino todo el marco del interés público, entre ellos el relativo a la aplicación del principio de seguridad jurídica y de su garantía de preclusión, las cuales no operan únicamente para efecto de la competencia pública, sino para el pleno desarrollo de las actividades particulares; es por ello que el legislador establece tiempos dentro de los cuales los administrados pueden ejercer sus derechos, en el caso procesales, para formular sus demandas por la vía contencioso administrativa, la cual en el caso, no puede exceder de 90 días por tratarse de una acción subjetiva o de plena jurisdicción (Art. 306.1 COGEP); circunstancia que determina que la competencia de los juzgadores solo se habilita en el caso de que esas demandas hayan sido oportunamente formuladas; pues si se las ha planteado fuera de ese tiempo fatal, caduca su derecho a la acción judicial y con ello, la competencia del juzgador se ve mermada; la cual no puede ser recuperada por acción alguna. Es por ello que al juzgador le está permitido en cualquier fase procesal, instancia o recurso, reconocer la existencia de esas caducidades, sea atribuibles a la administración o a los administrados y declararla para finalizar de ese modo la contienda en la cual no podrá emitirse una decisión de mérito; lo que determina la inutilidad del proceso, cuya finalidad es precisamente que las partes puedan obtener una sentencia de fondo; que, por efecto de la caducidad no puede producirse.

Por manera que, la causal invocada es improcedente, tanto más que en el caso, en realidad la traba de la litis no pudo consolidarse, por la declaratoria de caducidad dictada por el Tribunal de instancia.

8.3 Causal segunda: La causal invocada por el casacionista, se limita a expresar que el auto en el que se niega su recurso horizontal de aclaración no se encuentra motivado, por lo que se habría inaplicado el artículo 76 numeral 7 inciso 1) de la CRE; sin embargo, el casacionista se limita a expresar su desacuerdo con la decisión del Tribunal de instancia, sin demostrar la existencia del vicio sea por defectos en su razonabilidad, lógica o comprensibilidad; sin expresar si el vicio es por ausencia, insuficiencia o defectuosa motivación; más bien puede encontrarse, de las propias expresiones del recurso, que el auto negativo del que recurre, puntualiza la forma y las normas que usa el juzgador para determinar la existencia de la caducidad en la presentación de la demanda. Razones estas que conducen a colegir la improcedencia del recurso por este extremo.

9.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso

Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Rammy David Harnisth Noboa, consecuentemente, **NO CASA** el auto interlocutorio expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expedido el 10 de septiembre de 2019.- Actúa la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-D. **NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y DEVUÉLVASE.**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)



Ing. Hugo Del Pozo Barrezueta
DIRECTOR

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Telf.: 3941-800
Exts.: 3131 - 3134

www.registroficial.gob.ec

MG/AM

El Pleno de la Corte Constitucional mediante Resolución Administrativa No. 010-AD-CC-2019, resolvió la gratuidad de la publicación virtual del Registro Oficial y sus productos, así como la eliminación de su publicación en sustrato papel, como un derecho de acceso gratuito de la información a la ciudadanía ecuatoriana.

"Al servicio del país desde el 1º de julio de 1895"

El Registro Oficial no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados, dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su publicación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.