

REGISTRO OFICIAL[®]
ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

AÑO 2020:

**J17811-2017-01246, J11804-2018-00119,
J09802-2017-00763, J17811-2018-00016,
J09802-2017-01054, J17741-2014-0320,
J17811-2018-00196, J17811-2018-00045,
J17811-2017-00816, J17811-2018-00262**

FUNCIÓN JUDICIAL

124991260-DFE

Juicio No. 17811-2017-01246

Resolución No 164-2020**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, jueves 21 de mayo del 2020, las 10h08. **VISTOS:** 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 Ne4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y 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, el doctor Ivan Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual deberá ser asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **c)** el 20 de diciembre de 2019, a las 16h32, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en calidad de Juez Ponente, doctor Alvaro Ojeda Hidalgo y doctor Patricio Secaira Durango. Somos competentes para conocer y resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia de 16 de enero de 2019, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio No. 17811-2017-01246, deducido por el señor Leonardo Enrique Villacreses Viteri en contra de la Contraloría General del Estado y del Procurador General del Estado, resolvieron: *“**($\frac{1}{4}$) rechaza la demanda presentada por el señor Leonardo Enrique Villacreses Viteri; y, en consecuencia, se confirma la legalidad y legitimidad de las resoluciones Nos. 04190 de 6 de marzo de 2017, notificada el 8 de agosto de 2017, y de la Orden de Reintegro No. 0001848 DR1-DPGY-APYA de 5 de agosto de 2015, respectivamente ($\frac{1}{4}$)”*** .

1.2.- El señor Leonardo Enrique Villacreses Viteri solicitó aclaración y ampliación del referido fallo.

1.3.- Con providencia de 5 de febrero de 2019, el Tribunal negó la indicada solicitud de aclaración y ampliación.

1.4.- El señor Leonardo Enrique Villacreses Viteri, con escrito presentado el 29 de febrero del 2019, interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, con fundamento en el caso dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.5.- Con auto de 23 de agosto de 2019, el Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación, esto es, por el caso dos del artículo 268 del COGEP por falta de motivación de la sentencia, y por el caso cinco por errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

1.6.- Mediante auto de sustanciación de 16 de enero de 2019, las 14h19, el Juez Nacional Ponente convocó a las partes para el día 4 de febrero de 2020, a las 10h00, a fin de que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.7.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron el recurrente señor Leonardo Enrique Villacreses Viteri acompañado de su abogado Iván Alexi Intriago Carreño, quien fundamentó su recurso en base a los casos admitidos a trámite, y compareció también la delegada de la Contraloría General del Estado quien dio contestación al recurso de casación. Luego de escuchar los argumentos de las partes, esta Sala Especializada pronunció su resolución y aceptó el recurso interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita 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 expedida el 16 de enero de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito dentro del juicio No. 17811-2017-01246, adolece de los errores de derecho acusados por el recurrente. De comprobarse el yerro en la

sentencia recurrida, se emitirá el fallo de mérito que corresponda.

2.3.- Respecto al caso 5 del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- El recurrente sostiene que en la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha interpretado erróneamente el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por no considerar que entre la fecha de emisión de la orden de trabajo para actividad de control planificada y la aprobación del informe del examen especial, ha transcurrido más de un año, razón por la cual ha operado la caducidad de la facultad de control de la Contraloría General del Estado.

El vicio de errónea interpretación se produce cuando el juez otorga a la norma un alcance o sentido diverso al que el legislador ha previsto, aceptándose que la disposición aplicada es la correcta, pero que el juzgador ha cambiado el sentido de la misma, por lo que equivale a “*error del verdadero sentido de la norma*”.

La sentencia impugnada señala: <<(1/4) *Es necesario precisar que la norma al hacer referencia “ como regla general, no excederán de un año”, no significa que libremente se pueda sobrepasar el límite de un año, sino que el ente de control puede superar ese plazo, cuando justifique y demuestre su necesidad por razones de fuerza mayor. En la especie, precisamente el Memorando No. 471-DRI-DPGY-APyA-2013, de 17 de septiembre del 2013, con que se emitió una ampliación del alcance de la Orden de Trabajo; y el Oficio No. 09037-DRI-DPGY-APyA de 25 de marzo de 2014, mediante el cual se pone en conocimiento de la Dra. María del Pilar Cornejo de Grunauer, Secretaria Nacional de Riesgos, la modificación del alcance de la acción de control, evidencian precisamente esas razones de índole superior, que han permitido al órgano de control la ampliación del plazo que prevé el artículo 26 de (sic) LOCGE, entre la emisión de la Orden de Trabajo con sus respectivas ampliaciones y la aprobación del Informe. Contrastadas las fechas desde la emisión de la Orden de Trabajo (10 de julio de 2013) su ampliación al alcance de la Orden de Trabajo (17 de septiembre del 2013), y la modificación del alcance de la acción de control (25 de marzo del 2014), respecto de la aprobación de Informe DRI-DPGY-APyA-0001-2015 de 09 de enero del 2015, es evidente que no ha transcurrido más de un año para el pronunciamiento del órgano de control, concretamente, han transcurrido aproximadamente diez meses, esto es, ha sido emitido dentro del plazo que prevé el artículo 26 de LOCGE, vigente a la fecha; es decir, que el órgano de control actuó en legal y debida forma al momento de aprobar el Informe DRI-DPGY-APyA-0001-2015 de 09 de enero del 2015. Por lo tanto se desestima la pretensión del accionante que se declare la caducidad de la facultad de control de la Contraloría General del Estado con fundamento en el artículo 26 de la LOCGE (1/4)>>. Es decir, el Tribunal de instancia sobre los hechos valorados y*

analizados en el considerando antes citado ha concluido que: **a)** la Orden de Trabajo contenida en el oficio No. 0004-DR1-DPGY-APyA-2013 fue emitida el 10 de julio de 2013; **b)** existió una ampliación a dicha orden de trabajo el 17 de septiembre de 2013; **c)** se modificó el alcance de la acción de control el 25 de marzo de 2014; y, **d)** el informe DR1-DPGY-APyA-0001-2015 de la Contraloría General del Estado fue aprobado el 09 de enero del 2015.

Respecto al plazo para el ejercicio de la potestad contralora el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado entonces vigente disponía: *“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”*. La caducidad es una figura propia del derecho público que opera *ipso jure* por el transcurso del tiempo para ejercer una potestad, sin que quepan interrupciones en su decurso, y es declarable de oficio. Al respecto, Juan Carlos Cassagne señala: *“En el procedimiento administrativo es indudable la importancia que tiene el tiempo como hecho natural, generador y extintivo de situaciones jurídicas, en cuanto constituye la base para determinar el cómputo de los plazos que obligatoriamente deben observar el administrado y la Administración en las distintas fases o etapas procedimentales (¼) En el procedimiento administrativo el plazo o término alude esencialmente al lapso en el cual deben cumplimentarse las distintas etapas o fases del procedimiento”* (Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1996, páginas 340 y 341). Hugo Augusto Olgún Juárez define a la potestad de la siguiente manera: *“La potestad jurídica es el poder jurídico que tiene un sujeto para actuar, no sólo con el fin de satisfacer sus intereses propios, sino también los de los demás sujetos. En este sentido se traduce en un deber para el que la posee y más específicamente en la realización de una función”* (Extinción de los Actos Administrativos Revocación, Invalidación y Decaimiento, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile-Chile, 1961, página 99).

Analizados que han sido los argumentos del recurrente se evidencia que efectivamente la orden de trabajo No. 0004-DR1-DPGY-APyA-2013 fue emitida el 10 de julio de 2013 (*fs. 43 del expediente administrativo*) y el informe No. DR1-DPGY-APyA-0001-2015 fue aprobado el 09 de enero de 2015 (*fs. 3 del expediente administrativo*), no obstante se debe precisar que conforme se desprende de fojas 45 del expediente administrativo, el 17 de septiembre de 2013 el encargado del equipo de

trabajo solicitó al Delegado Provincial del Guayas la ampliación del alcance de la orden de trabajo, esta solicitud fue autorizada por el Delegado Provincial de Guayas el 20 de septiembre de 2013, conforme se evidencia del sello inserto en el margen inferior derecho de dicha solicitud, lo que evidencia que la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia de que el día 17 de septiembre de 2013 se amplió el alcance de dicha orden de trabajo es errada. Se debe observar también que a fojas 46 del expediente administrativo obra el oficio No. 09037-DR1-DPGY-APyA de 25 de marzo de 2014, a través del cual el Contralor General del Estado comunica a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos la modificación del alcance a la acción de control, modificación que había sido autorizada el 20 de septiembre de 2013 como se lo ha precisado en líneas anteriores, lo cual ha sido reconocido por la propia Contraloría General del Estado en su contestación de la demanda a fojas 67 del proceso que señala: *“ Oficio No. 09037-DR1-DPGY-APyA de 25 de marzo de 2014, mediante el cual se pone en conocimiento de la doctora María del Pilar Cornejo de Grauner, Secretaria Nacional de Riesgos, la modificación del alcance de la acción de control”* lo que evidencia que este oficio es una simple notificación de la modificación autorizada el 20 de septiembre de 2013, por lo que no se trata de ninguna modificación del plazo como erróneamente concluye el Tribunal Distrital.

Este Tribunal de casación observa que entre la fecha de aprobación de la última modificación de la orden de trabajo No. 0004-DR1-DPGY-APyA-2013, esto es el 20 de septiembre de 2013, y la fecha de aprobación del informe DR1-DPGY-APyA-0001-2015, esto es el 09 de enero de 2015, ha transcurrido más de un año, tiempo que excede el plazo fatal establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por lo que ha caducado la facultad de control de la Contraloría General del Estado.

Es menester señalar que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 13-2015 de 30 de septiembre de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 621, de 5 de noviembre de 2015, declaró la existencia del precedente jurisprudencial obligatorio en cuanto a la caducidad. El citado precedente señala que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso, y dispone: *“ (1/4) b) Operada al caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito (1/4)”* (Lo subrayado nos corresponde), situación por la cual esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo no se pronuncia respecto a otras cuestiones de fondo planteadas por el recurrente, ni es necesario analizar la otra causal alegada por el recurrente.

III.- 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 REPUBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Leonardo Enrique Villacreses Viteri por el caso 5 del artículo 268 del COGEP por errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, casa la sentencia emitida el 16 de enero de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, y de conformidad al artículo 273 del COGEP declara la caducidad de la potestad de control de la Contraloría General del Estado.- 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. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL



Juicio No. 17811-2017-01246

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, martes 8 de septiembre del 2020, las 12h51. **VISTOS:** Agregúense al proceso el escrito presentado el 12 de junio de 2020 por el abogado Iván Intriago Carreño abogado patrocinador del señor Leonardo Villacreses Viteri; y, en atención al mismo, considérese su contenido en lo que fuere pertinente; y, tómesese en cuenta la casilla judicial No. 6186 y los correos electrónicos fijados para recibir futuras notificaciones; y, el escrito presentado el 28 de julio de 2020 por la abogada María Figueroa Costa, Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado.

ANTECEDENTES

a) Con escrito presentado el 02 de junio de 2020 la Directora Nacional de Patrocinio y delegada del Contralor General del Estado solicitó ampliación de la sentencia emitida el 21 de mayo de 2020. b) Con auto de sustanciación de fecha 10 de junio de 2020 el Juez ponente dispuso correr traslado a la contraparte a fin de que, en el término de 48 horas, se pronuncia sobre el referido pedido de aclaración. c) Con escrito de 12 de junio de 2020 el abogado Iván Intriago Carreño, al responder el traslado que se le hizo, manifiesta: *“~~Ú~~ aún cuando fuere válida la ampliación del alcance de la orden de trabajo autorizada por el Delegado Provincial de Guayas el 20 de septiembre de 2013, también habría operado la caducidad de la facultad contralora en razón de que el informe DR1-DPGY-APYA-001-2015 fue aprobado por el Contralor General del Estado el 09 de enero de 2015, es decir fuera del plazo de un año establecido en la propia ley orgánica del organismo de control”*. A fin de resolver el referido recurso horizontal de ampliación, se considera:

ANÁLISIS

La Directora Nacional de Patrocinio y delegada del Contralor General del Estado, para fundamentar su recurso horizontal, transcribe la parte pertinente de su escrito de contestación a la demanda en el que se ha hecho referencia a los múltiples alcances a la orden de trabajo que se han realizado en el examen especial y a continuación transcribe la parte pertinente de la sentencia recurrida, para en base a ello manifestar lo siguiente: *“Lo que evidencia que no se ha contrastado el argumento de la Contraloría General del Estado, pese a que la Sala cita la existencia del oficio No. 09037-DR1-DPGY-APyA de 25 de marzo de 2014, mediante el cual se pone en conocimiento de la doctora María del Pilar Cornejo de Grunauer, Secretaria Nacional de Riesgos, la modificación del alcance de la acción de control, sin considerar que la fecha de modificación del alcance, es el acto que dentro del procedimiento administrativo justifica las razones de índole superior necesarias para modificar el plazo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”*..

Adviértase que en lo fundamental el peticionario considera que en la sentencia recurrida no se ha considerado el oficio No. 09037-DR1-DPGY-APyA de 25 de marzo de 2014, que a criterio del peticionario es el documento en base al cual se ha ampliado el plazo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Al respecto es necesario recordar que de conformidad a lo previsto en el artículo 253 del COGEP, la ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos. En el presente caso, el señor Leonardo Enrique Villacreces Viteri interpuso recurso de casación fundamentándose para el efecto en los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP. En el considerando 2.3 de la sentencia de casación emitida dentro de la presente causa se determinó la procedencia del recurso por errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, al tratarse de un asunto de caducidad de la potestad de la Contraloría General del Estado, ya no era necesario entrar a analizar la otra causal alegada, lo que revela que todos los asuntos planteados en casación fueron resueltos, sin que exista nada que ampliar sobre este asunto. En lo referente a la argumentación de la peticionaria en el sentido de que en la referida sentencia no se han considerado sus argumentos relacionados con el oficio No. 09037-DR1-DPGY-APyA de 25 de marzo de 2014, es preciso señalar que en el considerando 2.3 de la sentencia cuya ampliación se solicita, se cita de forma expresa el mencionado oficio, pero no solamente se lo cita, sino que además es considerado y analizado para llegar a la conclusión que el referido oficio en ningún momento constituyó un nuevo alcance a la orden de trabajo, sino que se trata solamente de una notificación a través de la cual se puso en conocimiento de la administrada de la modificación de la orden de trabajo que había sido autorizada el 20 de septiembre de 2013, develándose de esta manera que la argumentación de la Contraloría General del Estado para solicitar la ampliación carece de sustento.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de ampliación presentada por la Directora Nacional de Patrocinio y delegada del Contralor General del Estado.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

124992310-DFE

Juicio No. 11804-2018-00119

Resolución No 165-2020**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, jueves 21 de mayo del 2020, las 10h37. **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 Conjueces 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 20 de diciembre de 2019 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, Álvaro Ojeda Hidalgo e Iván Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente. **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 04 de diciembre del 2018, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio No. 11804-2018-00119 deducido por el señor Francisco Benjamín Vivanco Ríofrío en contra del Fiscal General del Estado y del Procurador General del Estado, resolvió aceptar la demanda y declarar la nulidad del acto impugnado, disponiendo el reintegro del actor a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

1.2.- EEPRcuando Judicial de la Fiscalía General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos 2 y 4 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 10 de julio de 2019 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 17 de enero de 2019 se convocó para el día jueves 27 de febrero de 2020, a las 10h00, 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 a través de video conferencia el actor acompañado de su defensa técnica. También compareció a la audiencia la institución pública demandada, que también es la parte recurrente, por medio de su procurador síndico debidamente acreditado, quien expuso su fundamentación en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció la resolución oral de mayoría de los jueces Nacionales Iván Larco Ortuño y Álvaro Ojeda Hidalgo, 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 04 de diciembre de 2018 por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 11804-2018-00119, adolece de los errores de derecho acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

III.- ANÁLISIS

3.1.- RESPECTO AL CASO 4 DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP POR VIOLACIÓN A LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, al recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 160 y 164 del COGEP, lo que condujo a la falta de aplicación de los artículos 47 literal e), 83 literal h) y 85 de la LOSEP, artículo 105 del Reglamento a la LOSEP, artículo 40.2 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 70 del ERJAFE.

El casacionista que invoque el caso 4 del artículo 268 del COGEP debe determinar y especificar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba respecto de los que el Tribunal ha incurrido en el yerro, b) El modo en el que se ha cometido el yerro, esto es si por aplicación indebida, falta de aplicación o por errónea interpretación; c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea, interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación.

En la especie, el casacionista acusa a la sentencia de ^aerrónea interpretación^o de determinados preceptos aplicables a la valoración de la prueba (artículos 160 y 164 del COGEP). Es necesario recordar que éste vicio se presenta cuando el juzgador ha aplicado la norma que correspondía al caso, pero le ha otorgado un alcance o sentido distinto al previsto por el legislador. ^a *Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo^o* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia). Entonces, el primer requisito para la procedibilidad de esta causal es que el juzgador efectivamente haya aplicado la norma que se considera infringida, para solo entonces pasar a demostrar la errónea interpretación. En el caso *sub examine*, al momento de fundamentar el recurso por este vicio, el casacionista transcribe el considerando 6.3.2 de la sentencia recurrida, pero se verifica que en dicha transcripción el Tribunal de instancia no analiza ni considera los artículos 160 y 164 del COGEP, es más, ni siquiera los menciona, por lo que esta Sala Especializada está imposibilitada de conocer cuál es la interpretación que el Tribunal de instancia ha dado a las referidas normas que el casacionista considera infringidas, más aún si el recurrente en ningún momento ha explicado cuál es la correcta interpretación que se debía dar a dichas normas.

Al fundamentar su recurso el casacionista manifiesta que en la sustanciación del juicio el Tribunal de instancia ha excluido como elemento probatorio la Resolución No. 014-2018 de 29 de enero de 2018 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura; sin embargo, el casacionista señala que al momento de dictar sentencia, el Tribunal de instancia ha entrado a valorar dicho documento, y sobre el particular el recurrente afirma: ^a $\frac{1}{4}$ *siendo ilógico y contradictorio que entren a valorar una prueba excluida^{1/4} °*. Adviértase que el casacionista acusa a la sentencia recurrida de estar incurso en el caso 4 del artículo 268 del COGEP por el hecho de ser ilógica y contradictoria. Al respecto esta Sala

Especializada debe aclarar que el parámetro de lógica y la supuesta contradicción en la que habría incurrido el referido fallo solamente podían ser invocados al amparo de otras causales, distintas a la que sirvió de fundamento para el presente recurso. Sobre el particular el tratadista Santiago Andrade ha dicho: *“Quizá con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación. Así se ha resuelto”* (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 282).

En lo referente a la violación indirecta (efecto rebote), el recurrente manifiesta que como consecuencia de la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar, entre otros, el artículo 40 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 85 de la LOSEP. Al respecto esta Sala Especializada verifica que, a diferencia de lo aseverado por el recurrente, en la sentencia recurrida efectivamente sí se han aplicado dichas normas. En efecto, en el considerando sexto del referido fallo, numeral 6.1, así como en el literal a) del numeral 6.3.1, el Tribunal de instancia analiza y considera el artículo 40 del Código Orgánico de la Función Judicial para adoptar su decisión. Lo mismo sucede con el artículo 85 de la LOSEP, el cual es expresamente aplicado por el Tribunal de instancia en el literal D) del numeral 6.3.1 de la sentencia recurrida. Más adelante el recurrente afirma también que como consecuencia de la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar el artículo 70 del ERJAFE; mas sin embargo, en la fundamentación del recurso no se vuelve a mencionar este artículo ni es analizado por el recurrente, motivo por el cual la Sala Especializada se encuentra imposibilitada de conocer cómo, de qué forma y cuándo se incurrió en este vicio ni está en condiciones para analizar la trascendencia de la aplicación del referido artículo.

De esta manera se ha develado que el recurrente no ha logrado demostrar que la sentencia recurrida se encuentra incurso en el vicio acusado, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

3.2.- RESPECTO AL CASO 2 DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP.

Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida no cumple con el requisito de motivación, por ser contradictoria e incompatible. Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista señala: *“La sentencia de 4 de diciembre de 2018 incumple con los requisitos constitucionales necesarios para que exista motivación (1/4) ya que al aceptar la demanda y declarar la nulidad del acto administrativo se basa en la Resolución expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura No. 014-2018 de 29 de enero de 2018 constante de fojas 49 a 52,*

documento de prueba presentado por la Fiscalía General del Estado que fue excluido en la audiencia preliminar por el Tribunal que consideró que al haberse presentado en copias simples no cumple con las exigencias del artículo 194 del Código Orgánico General de Procesos para su validez, por lo que es inexplicable, contradictorio e ilógico que el Tribunal fundamente se sentencia en una prueba excluida por ellos mismos y declare la existencia de un derecho a favor del actor quien no goza de estabilidad ya que cuando ingresó a la Fiscalía General del Estado lo hizo con un nombramiento provisional y no por concurso público conforme lo dispone la Constitución, siendo por tanto la decisión adoptada incompatible¹⁴°.

A fin de verificar si el vicio acusado está o no presente en la sentencia recurrida, esta Sala Especializada verifica que en el considerando sexto de la sentencia recurrida denominado ^aMOTIVACIÓN^o, numeral 6.1, el Tribunal de instancia cita el literal b) del artículo 17 de la LOSEP y respecto a esta norma señala lo siguiente: ^a1/4 *prescribe textualmente lo que anotamos: ^oNo generan derecho a estabilidad a la o el servidor^o*⁴°. A continuación el Tribunal de instancia se remite a la sentencia No. 700-2018 dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 11804-2017-00247, sentencia ésta en la que se menciona que los nombramientos provisionales no generan derecho a estabilidad del servidor. Pese a lo antes referido, en la parte resolutive de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia declara la nulidad de la acción de personal con la que se dio por terminado el nombramiento provisional del señor Francisco Vivanco Riofrío y ordena su reintegro a su puesto de trabajo, lo que a criterio de esta Sala Especializada constituye una contradicción. Por otro lado, se constata que en la audiencia preliminar desarrollada el 11 de septiembre de 2018, cuya acta consta a fojas 60 y 61 del proceso, el Tribunal de instancia excluyó de manera expresa a la Resolución No. 014-2018 del Consejo de la Judicatura ^apor tratarse de copias simples y no cumplir las exigencias del art. 194 del COGEP para su validez^o; mas sin embargo, en el numeral 6.3.2 de la sentencia recurrida el mismo Tribunal de instancia determinó lo siguiente: ^aEste documento reiteramos fue presentado en copia simple, sin embargo por encontrarse publicado en la página web del Consejo de la Judicatura, constituye un documento públicamente evidente, que no requiere ser probado^o. Adviértase que por un lado el Tribunal de instancia señala que la Resolución No. 014-2018 del Consejo de la Judicatura carece de eficacia probatoria por no cumplir las exigencias de Ley, pero al mismo tiempo manifiesta que es un hecho público que no requiere ser probado, y si a esto le sumamos el hecho cierto e incontrovertible de que más adelante el Tribunal de instancia analizó y valoró la referida Resolución No. 014-2018 al comparar la fecha de la referida Resolución con la fecha en que fue expedido el acto administrativo impugnado, se concluye sin lugar a dudas de que existe una contradicción. Finalmente se debe indicar que esta Sala Especializada ha verificado la incompatibilidad de lo resuelto en la sentencia recurrida con la parte motiva de dicho fallo, toda vez que en la parte resolutive se dispone el reintegro del actor

a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, a pesar de que en la misma sentencia, en la parte considerativa, el propio Tribunal determinó que el nombramiento provisional otorgado al actor no genera estabilidad en su puesto de trabajo. Al haberse demostrado los vicios de contradicción e incompatibilidad, se acepta el recurso por este extremo.

IV.- SENTENCIA DE MÉRITO

Conforme lo determinado en el numeral 3.2 de la presente sentencia, el fallo recurrido ha incurrido en el yerro previsto en el caso 2 del artículo 268 del COGEP, al haberse adoptado decisiones contradictoria e incompatibles; y, en tal virtud, dicho fallo debe ser casado, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 273.3 del COGEP esta Sala Especializada considera:

De conformidad a lo previsto en el literal e) del artículo 47 y en el literal h) del artículo 83 de la LOSEP, los nombramientos provisionales no generan estabilidad alguna en los puestos de trabajo; y, según lo dispuesto en el primer inciso del artículo 105 del Reglamento a la LOSEP, la remoción de los servidores a los que se refiere el antes mencionado literal e) del artículo 47 de la LOSEP, no implica destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza. Estas normas son plenamente aplicables al presente caso toda vez que al señor Francisco Vivanco Riofrío se le había otorgado nombramiento provisional el 23 de marzo de 2017. Según lo establecido por el propio actor en su escrito de demanda, el acto administrativo impugnado es la acción de personal No. 0186-DTH-FGE de 23 de enero de 2018, mediante el cual se dio por terminado el referido nombramiento provisional. En la parte superior de esta acción de personal se puede visualizar que la misma rige a partir del 31 de enero de 2018, lo que significa que la desvinculación del señor Francisco Vivanco Riofrío de la Fiscalía General del Estado solo se materializaba o concretaba a partir del 01 de febrero de 2018. En ejercicio de la potestad de control de legalidad prevista en los artículos 300 y 313 del COGEP, el Tribunal de esta Sala Especializa verifica que de manera previa a la fecha en que la referida acción de personal tuviera vigencia, la autoridad nominadora, esto es el Consejo de la Judicatura, había expedido la Resolución No. 014-2018, la misma que está fechada el 29 de enero de 2018, en la cual se ha resuelto dar por terminado algunos nombramientos provisionales de la Fiscalía General del Estado, entre los que se encuentra el del señor Francisco Vivando Riofrío, quedando evidenciado de esta manera que para la fecha en que la acción de personal No. 0186-DTH-FGE entró en vigencia (31 de enero de 2018), ya se contaba con la correspondiente Resolución del Consejo de la Judicatura que ratificó la referida terminación del nombramiento provisional. De otra parte se observa que la mencionada acción de personal se encuentra suscrita por la delegada debidamente acreditada de la Fiscal General del Estado, sin que se pueda observar ilegalidad o nulidad alguna para este tipo de actos administrativos, más aún si consideramos la naturaleza jurídica de los nombramientos provisionales.

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 procurador judicial de la Fiscal General del Estado encargada; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada el 04 de diciembre de 2018 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja dentro del juicio No. 11804-2018-00119. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 273.3 del COGEP, se desecha la demanda planteada por el señor Francisco Benjamín Vivanco Riofrío y se ratifica la legalidad y legitimidad del acto impugnado.- 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. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL (E), SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 21 de mayo del 2020, las 10h37. **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, y fue ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019; y, los Conjueces Nacionales doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango, fueron designados por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018 y ratificados el 15 de noviembre de 2019. **b)** Por ausencia definitiva del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados Jueces Nacionales encargados, en virtud de los oficios No. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG, respectivamente, ambos de 20 de noviembre de 2019 y suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; **c)** Por el sorteo pertinente el conocimiento de este proceso recayó en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo.

2.- COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO DE CASACIÓN: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia es competente para resolver este 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).

3. NORMATIVA APLICABLE: La normativa jurídica aplicable al presente caso está contenida en el Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 del viernes 22 de mayo del 2015.

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.- RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO:

El recurso de casación ha sido interpuesto por la Fiscalía General del Estado, en contra del auto por medio de su Procurador Judicial Ab. Avelino Abarca, en contra del auto de ^a 17 de diciembre de 2018, las 10h42, mediante el cual se niega la solicitud de aclaración y ampliación de la sentencia de 4 de diciembre de 2018, las 16h01, pronunciada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, dentro del juicio No. 11804-2018-00119°. Debiendo establecerse, necesariamente, que en el texto del recurso que se examina, se hace clara expresión de que los vicios que en él se refieren, hacen relación a la sentencia dictada en la causa; y, es sobre este aspecto que la Sala debe pronunciarse.

6.- ADMISIÓN DEL RECURSO.- El Conjuerz Nacional ha admitido el recurso de casación en auto de 10 de julio de 2019, las 14h20, en lo relacionado a las causales previstas en del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP): (i) segunda, por cuanto la sentencia recurrida incurre en falta de motivación; y, (ii) cuarta, por errónea interpretación de los artículos 160 y 164 del COGEP, que condujeron a la falta de aplicación de los artículos 47.e), 83.h) y, 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público; 105 de su Reglamento de aplicación; 40.2 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 70 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

7.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El actor del juicio de instancia, ha propuesto acción de plena jurisdicción o subjetiva en contra de la Fiscalía General del Estado y del Procurador General del Estado impugnando la acción de personal No. 0186-DTH-FGE de 23 de enero de 2018, por la cual se da por terminado el nombramiento provisional del accionante Vivanco Riofrío Francisco Benjamín.

El Tribunal de instancia ha expedido sentencia en la causa, el 4 de diciembre de 2018, las

1601, notificada en la misma fecha; de la cual la accionada ha solicitado su aclaración y ampliación; recurso horizontal que ha sido negado en auto de 17 de diciembre de 2018, las 10h42; siendo que es en contra de este auto el que se interpone el recurso de casación.

La sentencia dictada en la causa, en su considerando SEXTO; entre otros aspectos señala que:

1.- El actor ingresó a prestar servicios en la entidad demandada, mediante nombramiento provisional de 23 de marzo de 2017, para que desempeñe la función de Analista Provincial de Gestión Procesal 2 en la Fiscalía Provincial de Loja, de conformidad con el Art. 40 del Código Orgánico de la Función Judicial y literal b.3 del Art. 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público. 2.- Que los nombramientos provisionales son aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP, que ^ano generan derecho a estabilidad a la o el servidor^o. 3.- Que la acción de personal impugnada hace mención del Art. 17 literal b.4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, cuando el nombramiento se concedió al demandante de conformidad con el literal b.3 de ese artículo. Que no se asignó al actor un puesto del nivel jerárquico superior, como equivocadamente se hace constar en la acción de personal. 4.- Que la Resolución No. 003-FGE-2017 de 11 de mayo de 2017 no delega la facultad de dar por terminados los nombramientos provisionales, la cual está atribuida a la autoridad nominadora. Que el Art. 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, atribuye al Pleno del Consejo de la Judicatura: ^a1. Nombrar(..), Fiscales Distritales, agentes fiscales (..) y demás servidoras y servidores de la Función Judicial; (¼) ^o. 5.- Que la Resolución No. 14-2018 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 29 de enero de 2018, fue presentada por la parte demandada en copia simple; pero que el tribunal accedió a ella por encontrarse publicada en la página web del Consejo de la Judicatura; Resolución por la cual se decide entre otros aspectos: dar por terminados nombramientos provisionales de servidores de la Fiscalía General del Estado, conforme los anexos respectivos; aprueba el informe técnico No. 045-FGE-DTH 2018 de 18 de enero de 2018, suscrito por la Directora Nacional de Talento Humano del Consejo de la Judicatura. Que, la disposición transitoria de esta decisión ordena que: ^aLa notificación de la presente resolución, la realizará la Fiscalía General del Estado, una vez que se encuentre aprobado por parte del Ministerio de Finanzas el ingreso del personal constante en los anexos que forman parte de esta resolución, al sistema de remuneraciones, bajo la modalidad de nombramiento provisional^o; y que en la desposición final primera se ordena que ^aLa ejecución de esta resolución estará a cargo en el ámbito de sus

competencias de la Dirección General y la Dirección Nacional de Talento Humano del Consejo de la Judicatura en coordinación con la Dirección Nacional de Talento Humano de la Fiscalía General del Estado°. Que en el anexo 1 de la resolución relativa a la terminación de nombramientos provisionales se encuentra el nombre del actor del juicio. 6.- Que es la Resolución No. 014-2018, la que dio por terminado el nombramiento provisional del Dr. Francisco Vivanco Riofrío, sin que exista constancia alguna de que con este documento se haya notificado al actor. 7.- Concluye el Tribunal que con fecha anterior a la Resolución No. 014-2018 de 29 de enero de 2018 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, la Directora de Talento Humano de la Fiscalía General del Estado, dio por terminado el nombramiento provisional del actor, a través de la acción de personal No. 0186-DTH-FGE de 23 de enero de 2018; actuación que se la cumplió cuando carecía de competencia para adoptar esa decisión administrativa. Que, el acto administrativo recurrido carece de motivación; pues es absurdo que la demandada sostenga que la Resolución del Consejo de la Judicatura constituye el acto administrativo interlocutorio que origina la acción de personal No. 0186-DTH-FGE de 23 de enero de 2018. 8.- Razones que determinaron que el Tribunal de instancia decida aceptar la demanda ^apropuesta por el Dr. Francisco Vivanco Riofrío, consecuentemente se declara la nulidad de la Acción de Personal No. 0186-DTH-FGE de 23 de enero de 2018, se dispone el reintegro del actor al cargo de Analista Provincial de Gestión Procesal 2 de la Fiscalía Provincia de Loja, y el pago de las remuneraciones que dejó de percibir desde su separación de la institución hasta que sea reincorporado a la función, más intereses legales°.

8.- 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*).

9.- FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO, RESPECTO DE LA CAUSAL SEGUNDA.-

Sostiene la casacionista, que la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, acepta sin motivación la demanda y declara la nulidad de la acción de personal impugnada, disponiendo el reintegro del actor al cargo del que fue separado y ordenando que se le paguen las remuneraciones dejadas de percibir en el periodo de la cesantía; pese a que ese acto administrativo cumplió con los requisitos de ley. Refiere pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la motivación, respecto de los elementos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Elementos que incumple la sentencia que ataca.

Que la sentencia se sustenta en la Resolución 014-2018 de 29 de enero de 2018, elemento de prueba que presentó la Fiscalía y que el Tribunal lo excluyó por habérselo presentado en copias simples, lo cual es inexplicable, contradictorio e ilógico.

La causal segunda del artículo 268 del COGEP, establece que constituye vicio que posibilita la casación de una sentencia o auto ^aCuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación^o.

La causal invocada para el cargo, contiene en realidad tres diferentes tipos de vicios: a) La falta de requisitos legales en la sentencia o auto, b) cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles y, c) cuando el fallo no cumpla el requisito de motivación. El actor se remite exclusivamente al vicio de incumplimiento del requisito de motivación.

La causal relacionada al defecto o ausencia de la motivación exige que la fundamentación determine de modo explícito y con el razonamiento lógico el por qué la sentencia contiene violaciones a la motivación, exposición que no debe ser abstracta o somera, sino concreta y

objetiva, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas, con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación; lo que significa que la fundamentación del recurso debe contener la potencialidad de la existencia del vicio; de modo que no puede servir de fundamento la sola cita de la norma legal que contiene la causal de casación y la afirmación de la existencia de los defectos o ausencia de motivación, determinando en qué consiste el vicio acusado y la ausencia o deficiencia de los elementos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, establecidos como exigencias por la Corte Constitucional del Ecuador(Ver sentencias No. 227-14-SEP-CC, caso No. 126-13-EP, y No. 104-14-SEP-CC, caso 1604-11-EP).

Tales exigencias en la fundamentación del recurso deben establecer cuál es la falta de justificación judicial en la decisión del auto o sentencia objeto del recurso, que se relacionan con la confrontación de los hechos con la normatividad jurídica que resulte pertinente a ellos.

De la revisión del fallo y, en torno a la sustentación del recurso en examen, se puede establecer que el Tribunal de instancia, dice con claridad que la resolución 014-2018 de 29 de enero de 2018, expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, fue excluida como elemento de prueba presentado por la Fiscalía por habérselo presentado en copias simples; pero que su análisis se basa en que este documento se había hecho público en la página web de dicho Consejo; de la cual extrae las decisiones adoptadas en ese instrumento jurídico; el cual es posterior a la emisión de la acción de personal impugnada No. 0186-DTH-FGE de 23 de enero de 2018; razones que les permite concluir que la resolución indicada, no puede ser considerada como antecedente o base para la expedición de la acción de personal. Elementos que, además de las normas jurídicas que cita la sentencia reprochada, permiten establecer que el fallo se encuentra debidamente motivado, ya que expresa con claridad; esto es, con lenguaje perfectamente inteligible, los hechos que integran el antecedente fáctico del caso; las normas jurídicas aplicables y la perfecta sintonía entre ese antecedente y los presupuestos normativos.

Por consecuencia de lo dicho, la Sala llega a la conclusión de que en el caso no concurren los elementos que permitan establecer la existencia del vicio acusado; por tanto la presunción de la legalidad de la sentencia atacada no ha sido alterada.

10.- FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO, RESPECTO DE LA CAUSAL CUARTA.- Respecto de esta causal, el casacionista alega

que la sentencia recurrida está viciada por errónea interpretación de los artículos 160 y 164 del COGEP, que condujeron a la falta de aplicación de los artículos 47.e), 83.h) y, 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público; 105 de su Reglamento de aplicación; 40.2 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 70 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Arguye el recurrente que, el Tribunal excluyó de los medios de prueba la resolución 114-2008 de 29 de enero de 2018, por ser copias simples y no cumplir lo ordenado en el artículo 194 del COGEP, afirmando luego que, ese documento al estar publicado en la web del Consejo de la Judicatura, es un documento público que no requiere ser probado, valorando un documento excluido de la prueba, lo cual es ilógico y contradictorio. Que, el artículo 160 del COGEP establece los requisitos para la admisibilidad de la prueba, correspondiendo a los jueces establecer la que admite y la que no. Que el artículo 164 establece que las pruebas practicadas e incorporadas dentro de los términos legales; por lo que el fallo solo debe referirse a ellas y no como en el caso. Que el artículo 92 ibidem establece que las sentencias deben ser claras y precisas; que la sentencia confiere al actor un derecho que no tiene, ya que su nombramiento es provisional y no tiene estabilidad, están excluidos de la carrera y es facultad de los nominadores decidir su remoción. Que la resolución del Consejo de la Judicatura es un acto de simple administración.

La causal cuarta, denunciada como infringida, ordena que proceda la casación:

^aCuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto°.

Es decir que la causal no solo implica vicios relativos a la infracción de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (vicios improcedente); sino que la exigencia de la causal es que, probada la existencia de cualquiera de los vicios que trae el caso; debe asimismo, el yerro, haber conducido ^ade carambola°, a la equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

Se entiende como normas sustantivas o materiales aquellas que tienen como finalidad el establecimiento de derechos, privilegios u obligaciones, encaminadas a ordenar las relaciones entre las personas, naturales o jurídicas, que integran una sociedad; en tanto que las normas

adjetivas o procesales, son aquellas que instrumentan los mecanismos para que los derechos materiales puedan hacerse efectivas (Abelardo Torr , Introducci3n al Derecho, Edit. Perrot, Bs. As., Argentina, pág 142, 1998. 11ma Edici3n).

El artículo 164 del COGEP ordena:

^a Art. 164.- Valoraci3n de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este C3digo.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligaci3n de expresar en su resoluci3n, la valoraci3n de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisi3n .

El artículo invocado y transcrito, hace relaci3n a un método de apreciaci3n de la prueba, pero de ninguna manera contiene disposiciones encaminadas a la valoraci3n de la prueba, las cuales constan específicamente establecidas en el COGEP, cuando se refiere a la clase de medios probatorios que pueden usarse en un proceso judicial, como son, prueba documental, testimonial y de otra naturaleza, cuyo valor consta en dicha normativa. Por lo que, es claro que en la especie, al señalarse como infringido el artículo 164 del COGEP, por su potencial falta de aplicaci3n, como si se tratase de un precepto jurídico de valoraci3n de la prueba, se han incumplido las exigencias que para que prospere la causal est n previstas en el ordenamiento jurídico y en los precedentes que han emanado al respecto, de la Corte Nacional de Justicia, por medio de sus Salas Especializadas.

A ello se agrega que la resoluci3n 014-2018, bajo ninguna circunstancia puede ser estimada, como lo hace el recurrente, como un acto de simple administraci3n, ya que estos solo generan efectos jurídicos indirectos en los administrados; mas en el caso, esa resoluci3n es un acto normativo de efectos generales, que deb  ser necesariamente usado por el juzgador, incluso del modo en que lo ha hecho, para valorar la legalidad de la acci3n de personal impugnada; por manera que al hacer una interpretaci3n cronol3gica de los hechos: emisi3n de la acci3n de personal, notificaci3n y entrada en rigor, para compararla con la emisi3n de la Resoluci3n 014-2018 y las disposiciones jurídicas que esta contiene, le permitieron al Tribunal de

instancia, establecer la verdad fáctica del caso, al determinar que un acto posterior a la acción de personal, no puede servir de antecedente a para su emisión, ya que esa acción fue emitida con anterioridad a la vigencia de la Resolución administrativa general referida. No existe por tanto errónea interpretación de los artículo 164 y 160 del COGEP, norma esta última que establece los requisitos para la admisibilidad de la prueba. De otra parte es claro que no habiéndose justificado la existencia de la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; es obvio que el otro elemento que contiene la causal cuarta, que se analiza, ya no tiene asidero para el análisis, pues solo cuando se ha determinado la existencia de la violación de los preceptos indicados, puede ligarse con la falta de aplicación de norma de derecho sustantivo; las que, en el recurso que se estudia, estarían contenidas en los artículos 47.e), 83.h) y, 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público; 105 de su Reglamento de aplicación; 40.2 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 70 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; disposiciones jurídicas de orden adjetivo; es decir instrumental; las que en esta causal no pueden ser infraccionadas por efecto del vicio de las primeras.

11.- DECISIÓN: Con sustento en las motivaciones que han sido expuestas y en virtud de que el casacionista no ha justificado la existencia de los vicios que fundamentaron su recurso, 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**, rechaza el recurso de casación propuesto por la Fiscalía General del Estado y, consecuentemente, **NO CASA** la sentencia recurrida. **NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

128709916-DFE

Juicio No. 11804-2018-00119

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, **jueves 30 de julio del 2020, las 11h53. VISTOS:** a) Con escrito presentado el 01 de junio de 2020 el abogado defensor del señor Francisco Vivanco Riofrío solicitó aclaración de la sentencia dictada en la presente causa. b) Con auto de sustanciación de 04 de junio de 2020 el Juez ponente corrió traslado a la contraparte para que se pronuncie sobre el referido pedido en el término de 48 horas, sin que la Fiscalía General del Estado o la Procuraduría General del Estado hayan contestado el traslado. A fin de resolver sobre el referido recurso horizontal de aclaración se considera:

El artículo 253 del COGEP dispone que *“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura”*. En la especie, el recurrente fundamenta su pedido de aclaración así: *“Aclárese, por qué razón se hace constar en el numeral 1.2 de los antecedentes de la sentencia de esta Sala que: ~~El Procurador Judicial de la Fiscal General del Estado~~ interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia cuando el recurso de casación fue interpuesto en contra del auto de 17 de diciembre 2018; y no de la sentencia a la que se hace referencia”*. Al respecto se debe señalar que en el recurso de casación, en el numeral 2.1, la institución pública recurrente dice: *“2.1.- Acusa a la sentencia de la errónea interpretación del artículo 160 y 164 del Código Orgánico General de Procesos”*. Más adelante, en el numeral 4.1 del escrito contentivo del recurso, el casacionista manifiesta: *“Dicen los jueces en la sentencia de 4 de diciembre de 2018, las 16h01, materia de esta recurso, en el considerando SEGUNDO lo siguiente: ”*. Luego de transcribir una buena parte de la sentencia emitida por el Tribunal de instancia el recurrente señala: *“Sin embargo, los Jueces del Tribunal en su sentencia señalan que la referida resolución 014-2018 ”*. A continuación la institución recurrente cita varias normas del COGEP y en base a ello manifiesta: *“En la sentencia se está concediendo al actor un derecho que no tiene”*. En el numeral 4.2 del escrito contentivo del recurso la Fiscalía General del Estado como institución casacionista señala: *“Los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de 4 de diciembre de 2018 aceptan sin motivación la demanda (V) La sentencia de 4 de diciembre de 2018 incumple con los requisitos constitucionales necesarios para que exista motivación (V) Es así que los Jueces del Tribunal aceptaron la demanda presentada sin motivar su decisión en la sentencia en la que aplicaron indebidamente las normas señaladas anteriormente”*. La transcripción textual que se ha hecho de las partes pertinentes del recurso de casación revelan que el recurrente no solamente impugnó el auto de 17 de diciembre 2018 que se limitó a negar la ampliación y aclaración que se había solicitado, sino que además recurrió respecto de la sentencia emitida el 04 de diciembre de 2018 que constituye su antecedente inmediato, y es en base a dicha sentencia que el recurrente armó toda su fundamentación casacional, develándose

de esta manera que el pedido de aclaración deviene en improcedente.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de aclaración presentada por el abogado patrocinador del señor Francisco Vivanco Riofrío. En virtud de que el doctor Patricio Secaira Durango emitió voto salvado en la sentencia dictada en la presente causa, firma este auto por obligación legal.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

124992737-DFE

Juicio No. 09802-2017-00763

Resolución No 166-2020

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, jueves 21 de mayo del 2020, las 10h47. **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 conjuce 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 conjuce 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.- La señora Margarita Lourdes Arévalo Robalino interpone recurso de casación conforme el caso 1 admitido, del artículo 268 del COGEP por el yerro de falta de aplicación de los artículos 11 numeral 2, 75, 76 numerales 1 y 7, 82, 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador, en contra del auto de abandono dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, el 13 de marzo de 2018, 14h00, notificado el 14 de marzo del mismo año, en el cual se resolvió que: *“PRIMERO.- Notificadas las partes mediante providencia de fecha 19 de diciembre de 2017, foja 60 del proceso, que la audiencia única se efectuaría el día lunes 26 de febrero de 2018 a las 10h30, el Tribunal se constituyó por ser el estado procesal en ese día y hora, a fin de que se llevara a efecto la audiencia conforme las reglas establecidas en el artículo 294 del COGEP. En el día y hora señalados para la diligencia una vez que se solicitó a Secretaría del Tribunal se constatare si las partes procesales notificadas se encontraban presentes, habiéndose*

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
ALVARO OJEDA
HIDALGO
C-QUITO
0804396299
0200419075

*certificado por parte de la actuaría del Tribunal que, no comparece la parte actora únicamente su defensor técnico sin procuración judicial; y, por la entidad accionada comparece su defensor técnico. SEGUNDO.- El abogado de la accionante manifiesta en la audiencia que la actora MARGARITA LOURDES AREVALO ROBALINO se encuentra con certificado médico, razón por la cual solicita el diferimiento de la audiencia; lo cual se pone a consideración del defensor de la Entidad accionada, toda vez que el diferimiento de audiencia procede únicamente por mutuo acuerdo de las partes conforme así dispone el artículo 293 párrafo segundo del COGEP, no existiendo la aceptación de diferimiento por la parte accionada. TERCERO.- El artículo 86 numeral 1 establece la obligatoriedad de las partes de comparecer personalmente a las audiencias a menos que concurra procurador judicial con cláusula para transigir; lo cual en el presente caso no ha ocurrido; por otra parte el artículo 87 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, establece: que 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, **su inasistencia se entenderá como abandono**. Por lo tanto este Tribunal **DECLARA EL ABANDONO DE LA CAUSA POR PARTE DE LA ACCIONANTE, MARGARITA LOURDES AREVALO ROBALINO con los efectos que se encuentran establecidos en el Código Orgánico General de Procesos**^{1/4}.*

SEGUNDO.- Del mérito de los autos con relación al punto litigioso controvertido y de lo debatido al respecto en la audiencia de casación el día viernes 28 de febrero de 2020, 15h30, se desprende en resumen que dentro del proceso judicial instaurado por la señora Margarita Lourdes Arévalo Robalino se fijó día y hora para que se lleve a cabo la audiencia respectiva, a la cual la actora no compareció sino solo su defensor técnico sin procuración judicial, por lo que ante la falta de acuerdo para diferir la audiencia, se declaró el abandono de la causa.

TERCERO.- En la fundamentación del recurso de casación la recurrente al referirse al caso 1 señala que los jueces distritales vulneraron el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes previsto en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución, y señala: *“ Con el auto resolutorio de abandono, sea ha violado en forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva que conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada que se dirige a través de una demanda. Queda claro, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.”*, y finalmente argumenta que para el día lunes 26 de febrero de 2018, a las 10h30, se había convocado para que se lleve a efecto la

audiencia, pero que ese día se encontraba delicada de salud, con descanso médico, conforme lo justificó con el certificado médico del Hospital del IESS en Machala, y que por tanto no pudo comparecer a la diligencia, y que aun cuando justificó su ausencia, se declaró ilegalmente el abandono del presente proceso, dejándole en completa indefensión y vulnerando la garantía básica del debido proceso.

CUARTO.- Por su parte, los jueces distritales señalan en su auto que al amparo de lo previsto en el artículo 293 párrafo segundo del COGEP, el diferimiento de una audiencia procede únicamente por mutuo acuerdo de las partes, y en vista de que no existe aceptación de diferimiento por la parte accionada, al amparo del artículo 87 numeral 1 del COGEP se declaró el abandono del proceso.

QUINTO.- Hay que precisar que el artículo 293 del COGEP respecto de la comparecencia de las partes a las audiencias dispone: *“Las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, con excepción que se haya designado una o un procurador judicial o procurador común con cláusula especial o autorización para transigir, una o un delegado en caso de instituciones de la administración pública o se haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología. Las partes, por una sola vez y de mutuo acuerdo, podrán diferir la audiencia y se fijará nuevo día y hora para su celebración.”*; el artículo 86 numeral 1 del COGEP manda que: *“Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias: 1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir.”*; y, el artículo 87 numeral 1 del referido cuerpo normativo ordena que: *“En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono^{1/4}”*.

SEXTO.- Así, este Tribunal de Casación observa que la señora Arévalo Robalino no compareció a la audiencia a la que fue convocada con una anticipación de 2 meses y 7 días, mediante providencia de 19 de diciembre de 2017, 8h40 (fojas 60 del expediente), en la cual se señaló para el día lunes 26 de febrero de 2018, 10h30, para que se lleve a cabo la diligencia de audiencia en la presente causa. Por lo que, al amparo de lo que ordena el artículo 87 numeral 1 del COGEP correspondía declarar el abandono de la causa, puesto que quien presentó la demanda no compareció a la audiencia correspondiente. De conformidad con el artículo 293 del referido cuerpo normativo las partes están

obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, con excepción de quienes hayan designado un procurador judicial, lo cual tampoco no ocurrió en la presente causa, por lo que los jueces distritales en observancia de las normas del debido proceso debían aplicar lo dispuesto en el artículo 87 numeral 1 referido, sin que aquello atente a la seguridad jurídica o el derecho de defensa, y otros derechos constitucionales que refiere la actora en su recurso, pues en la declaratoria de abandono de la causa se han observado las disposiciones legales que corresponden al caso, por lo que no se observa vulneración del artículo 11 numeral 2, 75, 76 numerales 1 y 7, 82, 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador y se rechaza el caso 1 intentado.

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 señora Margarita Lourdes Arévalo Robalino con fundamento en el caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y por tanto no se casa el auto de abandono dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil el 13 de marzo de 2018, 14h00, notificado el 14 de marzo del mismo año. 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

148612408-NP

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 17811201800016

Resolución No. 167-2020

JUEZ PONENTE: DR. ÁLVARO OJEDA HIDALGO

AUTOR/A: DR. ÁLVARO OJEDA HIDALGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, **jueves 21 de mayo del 2020, las 10h15, VISTOS:** En virtud de que: A) El juez nacional Dr. Alvaro 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. 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, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. C) 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, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. D) Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). E) Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: PRIMERO.- El procurador judicial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido únicamente por el caso 2 del artículo 268 del COGEP. Igualmente, el representante legal de Infoware

Ingeniería II Cía. Ltda. interpuso recurso de casación, el cual fue admitido por el caso 5 del referido artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del primer inciso del artículo 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, en contra de la sentencia de 15 de enero de 2019, 14h30, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en el juicio interpuesto en contra del IESS habiéndose contado también con la Procuraduría General del Estado, en la cual se resolvió: “aceptar parcialmente la demanda respecto a la validez de la afiliación y aportes del señor Edwin Marcelo Pupiales Angamarca, durante el período abril 2003 a julio 2004, para el que no se aplicará los beneficios de la remisión de intereses y multas, derivado de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, según lo indicado en este fallo. El IESS debe realizar el respectivo cálculo para que la actora proceda a su pago conforme la ley, tomando en consideración el porcentaje de intereses que ya fueron cancelados. Por tanto, se declara la ilegalidad de los actos administrativos impugnados contenidos en el Acuerdo No. 17-1365 C.N.A., expedido el 23 de agosto de 2017, por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, notificado el 31 de agosto de 2017; y consecuentemente de su antecedente el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1341-A expedido el 25 de abril del 2017, por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, que declaró como fraudulenta la afiliación del señor Edwin Marcelo Pupiales Angamarca. No ha lugar las demás pretensiones de la empresa actora. Sin costas ni honorarios que regular.- NOTIFIQUESE”. SEGUNDO.- Respecto del caso 2, el IESS manifestó que: “...se decide “reconocer” el período de aportaciones en conflicto es decir, se reconoce la relación laboral que en ningún momento fue probada ante las instancias administrativas del IESS y, que por último debieron ser demostradas ante jueces competentes, que en ningún caso son, los jueces contencioso administrativos... hay inconsistencias respecto de la relación laboral en el período en cuestión: no se entregan pruebas en la etapa administrativa ni judicial por parte de la empresa de la relación laboral; puesto que esta prueba fue objetada por el IESS al ser copias simples, sin embargo el Tribunal en varias oportunidades hace un reconocimiento tácito de la relación laboral que sin lugar a duda no es materia del proceso judicial Contencioso Administrativo y que al Tribunal no le compete pronunciarse sobre la misma pero, se resuelve declarar la validez de la afiliación durante el período en controversia, lo que es improcedente pues la seguridad social se sustenta en relación laboral... Resulta ilógico que el Tribunal determine la validez de los aportes y afiliación del señor EDWIN MARCELO PUPIALES ANGAMARCA, entre abril del 2003 a julio de 2004, cuando en ninguna instancia anterior se ha demostrado la relación laboral entre la empresa INFOWARE INGENIERIA II CIA. LTDA. y el mencionado ciudadano, durante el período en mención, lo cual nos lleva a concluir que para los juzgadores, el hecho de que se impugne un acto administrativo mediante el cual se declararon fraudulentas las aportaciones realizadas por INFOWARE INGENIERIA II CIA. LTDA.; a favor del señor EDWIN MARCELO PUPIALES ANGAMARCA, es premisa suficiente para determinar que sí hubo relación laboral y lo que es aún más contradictorio, es que el Tribunal declara la existencia de esa relación laboral, sin competencia alguna.”. TERCERO.- El IESS fundamentó el referido caso 2 en que en la sentencia impugnada se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles. Al respecto, este Tribunal de Casación observa que en el considerando quinto del fallo impugnado se fija el objeto de la controversia y se dice: “5. Motivación.-... 5.2. Objeto de la Controversia.- Este Tribunal en cumplimiento con lo establecido en el numeral 2 del artículo 294 del Código Orgánico General de

Procesos determinó, con la anuencia de las partes procesales el siguiente objeto de la controversia: Que el Tribunal determine la procedencia o no de que en sentencia: se declare la nulidad e ilegalidad de los Acuerdos No. 17-1365 C.N.A., de 23 de agosto del 2017 de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS y No. IESS-CPPCP-2017-1341-A.; de 25 de abril del 2017, de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, que declaran fraudulenta la afiliación de Edwin Marcelo Pupiales Angamarca, de abril de 2013 a julio de 2004, en la Empresa INFOWARE II CÍA. LTDA.”, para luego concluir que “es evidente para el Tribunal que la empresa reconoce expresamente en su demanda que: “5.1 El 24 de marzo de 2016 INFOWARE INGENIERIA II CIA. LTDA., cancela los aportes del período abril de 2003 a julio de 2004 del afiliado Pupiales Angamarca Edwin Marcelo, quien trabajo (sic) para la empresa hasta esa fecha y que nunca dejó de estar afiliado durante todo el tiempo que mantuvo la relación de dependencia con la empresa”. Es decir por el período cuestionado la empresa accionante pagó por aportes patronales con más de doce años de retraso evidenciando un descuido evidente y negligente por parte de la administración de la empresa... Por lo que queda claro para este Tribunal que la parte actora ha reconocido la relación laboral con el trabajador Edwin Marcelo Pupiales Angamarca, por lo que de conformidad al derecho constitucional que garantiza el derecho a la seguridad social consagrados en los artículos 34 y 66 de la Constitución de la República, se constituye un derecho irrenunciable del trabajador, por lo que la empleadora estaba obligada a reconocer y pagar los aportes patronales conforme su responsabilidad patronal;... el período de aportes patronales abril 2003 hasta julio de 2004 no pueden estar amparados por la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, por cuanto dichas obligaciones patronales no se encontraban en mora, conforme lo establece la citada Ley y la Resolución CD 506...””, por lo cual se aceptó parcialmente la demanda respecto a la validez de la afiliación y aportes del señor Edwin Marcelo Pupiales Angamarca, durante el período abril 2003 a julio 2004, sin aplicarse los beneficios de la remisión de intereses y multas de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera; y se dispuso que el IESS realice el cálculo para que la actora proceda a su pago conforme la ley, tomando en consideración el porcentaje de intereses que ya fueron cancelados; declarándose además la ilegalidad de los actos administrativos impugnados contenidos en el Acuerdo No. 17-1365 C.N.A., expedido el 23 de agosto de 2017 por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y notificado el 31 de agosto de 2017; y consecuentemente del Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1341-A expedido el 25 de abril del 2017 por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, que declaró como fraudulenta la afiliación del señor Edwin Marcelo Pupiales Angamarca; y, no se aceptaron las demás pretensiones de la actora. Por tanto, se evidencia que el tribunal de instancia no ha adoptado decisiones contradictorias o incompatibles en el fallo impugnado ya que el análisis de los hechos y de los fundamentos de derecho, así como la conclusión del caso, se realizaron en torno al objeto de la controversia anteriormente señalado, y con el cual las partes estuvieron de acuerdo. Por tanto, no se acepta el caso 2 del artículo 268 del COGEP, argüido por el IESS. CUARTO.- Con relación al caso 5 del artículo 268 del COGEP, Infoware Ingeniería II Cía. Ltda. dijo: “a. Se trata de la causal de error de interpretación, porque efectivamente al caso sí debe aplicarse la norma pero se interpreta de forma inadecuada. b. El Tribunal contencioso administrativo (sic) interpreta que cuando la norma dice “La remisión de intereses, multas y recargos corresponde a obligaciones patronales en mora, originadas en planillas o establecidas en actos de determinación, resoluciones administrativas,

liquidaciones, registros, glosas y títulos de crédito emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social” (Art. 23 LOIAPPIE), significa que debe haber declaración de la mora y que esta declaración debe ser previa. El Art. 23 citado en su parte pertinente no utiliza la palabra declaración y mal podría el tribunal interpretar la norma fuera de su sentido natural... Por lo cual la interpretación que vincula a la mora con declaración previa carece de sustento...”. QUINTO.- El artículo 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, alegado por la compañía recurrente dice: “De la Remisión de Intereses, Multas y Recargos.- La remisión de intereses, multas y recargos corresponde a obligaciones patronales en mora, originadas en planillas o establecidas en actos de determinación, resoluciones administrativas, liquidaciones, registros, glosas y títulos de crédito emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuya administración y/o recaudación sea única y exclusiva del Instituto, siempre que se efectúe en forma previa la cancelación de la totalidad del valor correspondiente a las obligaciones patronales respectivas, de conformidad con lo dispuesto en los siguientes artículos. Las personas naturales o jurídicas, para acogerse a la remisión establecida en el presente Capítulo, deberán obtener la determinación de valores pendientes de pago por obligaciones patronales...”. Al respecto, este Tribunal de Casación considera que la referida disposición aplica a obligaciones patronales en mora pues para que opere la remisión de intereses, multas y recargos, tales obligaciones debieron haberse originado en planillas o se debieron haberse establecido en actos de determinación, resoluciones administrativas, liquidaciones, registros, glosas y títulos de crédito emitidos por el IESS, lo cual no ocurrió en el presente caso pues la compañía actora pagó los valores correspondientes a aportes del señor Pupiales Angamarca, de abril de 2003 a julio de 2004, sin que el IESS haya realizado determinación o liquidación alguna. Por tanto, no se puede aceptar el vicio argüido por Infoware Ingeniería II Cía. Ltda. con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP. 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 los recursos de casación interpuestos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y por Infoware Ingeniería II Cía. Ltda., y en consecuencia no casa la sentencia de 15 de enero de 2019, 14h30, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f).- DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL; DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E); DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO, JUEZ NACIONAL (E)

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

DRA. NADIA FERNANDA ARMIJOS CÁRDENAS
SECRETARIA RELATORA

FUNCIÓN JUDICIAL

124992034-DFE

Juicio No. 09802-2017-01054

Resolucion No 168-2020

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, jueves 21 de mayo del 2020, las 10h29. **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. 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, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** 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, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). **E)** Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera: **PRIMERO.- 1.1.-** El abogado Carlos Andrés Guamán Chamorro debidamente autorizado por el gerente general de la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido por el caso 5 del artículo 268 del COGEP, por aplicación indebida de los artículos 14 y 18 del Código Orgánico Administrativo, y 301 de la Constitución de la República del Ecuador; errónea interpretación del numeral 29, letra d) del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático; y, falta de aplicación del numeral 15 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y de los artículos 3 de la Ley de Hidrocarburos, 317 de la Constitución de la República del Ecuador, y 4 del Código de Comercio; en contra de la sentencia de 19 de noviembre de 2018, 15h30, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, en el juicio interpuesto por Lubrival S.A. en contra de la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, habiéndose contado también con la Procuraduría General del Estado, en la cual en lo principal se dijo y resolvió que:

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
ALVARO OJEDA
HIDALGO
JUEZ NACIONAL
C= ECUADOR
CE= QUITO
0004386239
0200419075

“NOVENO:¼ El excepcionante LUBRIDAL (sic) S.A. ha puesto al proceso coactivo la contemplada en el artículo 316, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos que prevé Art. 316.- Excepciones a la coactiva. Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las excepciones: 1. Inexistencia de la obligación, falta de ley que establezca el tributo o exención legal. Toda vez que la exención opuesta al proceso coactivo se trata de inexistencia de obligación, es imprescindible analizar la fuente de la obligación para determinar su naturaleza jurídica alegada por el actor como inexistente, tomando en cuenta la afirmación de la parte accionada en el sentido que se trata de un ingreso no tributario, o de un cobro comercial como así sostiene en la contestación a la demanda¼ En el caso que nos ocupa, el cobro pretendido coactivamente no podría considerarse como una regalía toda vez que no está ligado directamente a la explotación de un recurso natural como así prescribe la Constitución de la República del Ecuador. Por lo antes dicho, no encontrando disposición concreta de la norma, ni voluntad de las partes que justifiquen un cobro comercial del porcentaje del 3.5% sobre el valor de dichos fletes como afirma la entidad accionada contener el título de crédito en que se fundamenta el proceso coactivo ya que la ley 147 en su art 15 no determina ese porcentaje, en base a estas premisas constitucionales, y doctrinarias, este tribunal advierte que el título de crédito debe estar sustentado o fundamentado en una obligación ya sea que haya nacido de la ley, o de un contrato por lo que tal circunstancia se subsume en la excepción de inexistencia de la obligación, toda vez que no tiene fundamento en la ley ni en la voluntad de las partes, razón por la que, este TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nro. 2, CON SEDE EN GUAYAQUIL ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, ACEPTA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DECLARANDO LA NULIDAD DEL TÍTULO DE CRÉDITO Y CONSECUENTEMENTE DEL PROCESO COACTIVO INICIADO EN BASE AL TÍTULO DE CRÉDITO. SIN COSTAS NI HONORARIOS QUE REGULAR. Una vez ejecutoriada la sentencia la actuario del Tribunal oficiará al Consejo de la Judicatura para que se transfiera el valor de la consignación realizada en este proceso, a la cuenta bancaria que consigne la parte actora.- Notifíqueseº. 1.2.- Mediante providencia de 8 de enero de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil dijo que: “¼SEGUNDA: En este sentido se corrige en lo que respecta al nombre de la compañía transcrito erróneamente en algunas partes de la sentencia, que se trata de la compañía LUBRIVAL S.A como así se encuentra identificada en el considerando tercero IDENTIDAD DE LAS PARTES de la sentencia escrita. TERCERA: En lo que respecta al número de Título de crédito consta en el considerando NOVENO MOTIVACIÓN Y ANÁLISIS que el objeto de la controversia fue fijado en "ESTABLECER SI PROCEDE DECLARAR LA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL TÍTULO DE CRÉDITO 003-2016 EMITIDO POR FLOPEC POR LA SUMA DE \$ 221.539, 80.“ (...) Es decir

se encuentra especificado en la sentencia cual es el título, cual es el número y cuál es la cantidad de la obligación que se solicitó se declare su inexistencia. En lo que respecta a la ampliación de la parte resolutive sobre las facturas emitidas por EP FLOPEC, pese a que en el pronunciamiento de la resolución oral, la defensa técnica de la parte accionante no presentó este recurso, sin embargo de ello se aclara que este Tribunal en la parte resolutive acepta la excepción de inexistencia de la obligación declarando la nulidad del título de crédito y consecuentemente del proceso coactivo iniciado en base al título de crédito. Por lo tanto este tribunal ha resuelto en concordancia con lo que establece el artículo 316 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, en relación a la excepción a la coactiva que fue planeada. Notifíquese.º. **SEGUNDO.-** Respecto del caso 5, la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC en el escrito que contiene su recurso de casación manifestó que: *“La propia Constitución de la República del Ecuador, señala que el servicio de transporte de hidrocarburos será realizado por empresas públicas, y al ser EP FLOPEC la empresa pública encargada de realizar esta actividad, por este concepto cobra una regalía. Señores jueces, el tribunal de instancia interpreta erradamente estos preceptos, ya que la obligación nace por disposición de la Ley, en este caso específico la Ley Facilitación (sic) de las Exportaciones y Transporte Acuático o Ley 147, pues otorga a EP FLOPEC, el derecho a gestionar el cobro de regalías que nace por la reserva de la carga. La reserva de la carga nace de la ley y se encuentra respaldada por nuestra norma suprema. En tanto que la Sala Juzgadora, al momento de resolver deja de considerar que la empresa EP FLOPEC, emitió el título de crédito No. 003-2016, por las obligaciones pendientes de pago de LUBRIVAL S.A., (por concepto de la reserva de carga de hidrocarburos, que nació de la Ley 147 y expresas normas constitucionales, que invisten a la institución a hacerlo, como resultado de aquello la empresa EP FLOPEC, dio inicio al proceso coactivo para el cobro de las obligaciones pendiente de pago por concepto de reserva de la carga, en consecuencia, la sentencia no podría ordenar inexistencia de la obligación, cuando las obligaciones que se pretende cobrar mediante el título de crédito No. 003-2016, se encuentran respaldadas de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y Transporte Acuático o Ley 147 y la Constitución¼ al aplicar erróneamente el artículo 301 de la Constitución de la República del Ecuador, se infiere que el pago del 3.5% es una tasa, cuando como se ha demostrado no lo es, en su lugar se debió haber aplicado el artículo 317 de la Constitución de la república del Ecuador, pues el cobro efectuado se lo exige en virtud de una regalía, que además constituye un deber del Estado,¼ ya que el cobro de la tarifa es una facultad y un deber de la empresa pública, en virtud de sus facultades estableció como tarifa el 3.5% sobre el valor de los fletes, este porcentaje pese a que no se encuentra establecido en ninguna norma, nace de la costumbre mercantil, establecida en el artículo 4 del Código de Comercio¼º (El resaltado nos pertenece). **TERCERO.-** A fojas 109 del expediente de*

instancia consta el título de crédito No. 003-2016 expedido por la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC a Lubrival S.A., por la suma de doscientos veintiún mil quinientos treinta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos (\$ 221.539,80), el cual tiene como concepto el cobro del ***“3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes”*** en virtud de las facturas que la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC emitió a Lubrival S.A. para cobrar el 3.5% de comisión en el flete de diversos viajes marítimos en los que Lubrival S.A. habría importado lubricantes. En la audiencia de casación llevada a cabo el viernes 31 de enero de 2020, a las 15h00, ante este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, las partes litigantes manifestaron principalmente que la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC no prestó servicio alguno de transporte o flete marítimo a Lubrival S.A. sino que la referida empresa pública emitió las facturas que ahora son materia de este litigio debido a que tuvo conocimiento de que Lubrival S.A. importaba lubricantes, y que los montos facturados corresponden a la reserva de carga para hidrocarburos establecida en el artículo 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático que dice: *“La reserva de carga para hidrocarburos, salvo el principio de reciprocidad antes indicado y los convenios para el transporte acuático, será total y se asignará exclusivamente a empresas navieras nacionales, estatales o mixtas, en las cuales el Estado tenga una participación de por lo menos el 51% del capital social.”*, y que por tanto tal reserva de carga se da a favor de la demandada que es una empresa pública cuyo objeto social es principalmente la trasportación de hidrocarburos por vía marítima desde y hacia los puertos nacionales y extranjeros; señalando por su parte, Lubrival S.A. que no ha solicitado servicio alguno a la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, y que en varias ocasiones dicha empresa pública ha justificado de manera diferente los conceptos de los montos que ha facturado en distintas modalidades de vinculación entre las partes litigantes, tales como: cesión tácita de un derecho por el que la empresa pública debe recibir una contraprestación en dinero; en un cobro comercial hecho en virtud de valores adeudados por concepto de relaciones mercantiles; y en actividades de vetting; para posteriormente emitir el título de crédito No. 003-2016 por concepto del 3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes, sin que finalmente Lubrival S.A. conozca con certeza qué tipo de servicios habría supuestamente recibido por parte de la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC. Al respecto este Tribunal de Casación observa que EP FLOPEC reconoció que los conceptos de las facturas emitidas a Lubrival S.A. que motivaron la emisión del título de crédito No. 003-2016, no corresponden a servicio alguno prestado por dicha empresa pública; por lo que el procedimiento coactivo instaurado carecería de objeto válido al no estar fundamentado ni delimitado a la prestación de un servicio específico, pues si bien no hay duda de que el antes citado artículo 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático

fija una reserva de carga para hidrocarburos que será total y se asignará exclusivamente a empresas navieras nacionales, estatales o mixtas, en las cuales el Estado tenga una participación de por lo menos el 51% del capital social, no es posible que en el presente caso la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC sostenga que dicha reserva es el justificativo del cobro de un porcentaje del valor de flete marítimo causado por importaciones de lubricantes a Lubrival S.A., ya que como ha quedado explicado, la actora no ha recibido servicio alguno por parte de la empresa pública en cuestión; más aún cuando simplemente en el presente caso la propia EP FLOPEC no logró fundamentar en derecho cuál mismo es la naturaleza del objeto de la coactiva, pues tal porcentaje y concepto del 3.5% del valor del flete marítimo causado por importaciones de lubricantes y/o aceites para la mezcla de lubricantes no está contemplado en una ley ya que no se trata de *un impuesto, ni de una tasa, ni de una multa, ni tampoco es una tarifa, ni una comisión comercial, ni tampoco una regalía*, sin que por tanto se haya logrado precisar a cuál de todas estas denominaciones corresponde y sin que la mención que EP FLOPEC dio a este Tribunal de Casación de que tal porcentaje vendría a ser un *diferencial comercial* establecido por la propia empresa pública realmente explique la naturaleza de tal porcentaje que pretende cobrar a Lubrival S.A., lo cual una vez más evidencia la inexactitud y la consecuente inexistencia en el presente caso de una obligación legal claramente determinada que haya generado el inicio del procedimiento coactivo en discusión. Por lo expuesto, no se acepta el caso 5 del artículo 268 del COGEP alegado por la empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC. 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 empresa pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, y en consecuencia no casa la sentencia de 19 de noviembre de 2018, 15h30, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil. 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



Juicio No. 17741-2014-0320

Resolución No 169-2020

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, viernes 22 de mayo del 2020, las 10h38. **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, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **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, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Agréguese al expediente el escrito de 26 de abril de 2019 presentado por el señor Vladimiro Benjamín Cordero Ordoñez. **E)** Somos el tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 1 de la Ley de Casación, y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, así como el acta de sorteo que consta en el proceso. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- El 3 de octubre de 2013, 16h00, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, en el juicio que sigue el señor Vladimiro Benjamín Cordero Ordoñez en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), resolvió:

^a... Por lo expuesto se establece que el accionante tiene derecho al pago de la pensión de jubilación que determina la Ley de Seguro Social, y no la que se le había pagado, con base a normatividad, que no tiene el valor ni rango de ley pues no existe fundamento jurídico válido para sostener que el actor tiene como **RENTA REAL** la cantidad de QUINIENTOS SESENTA Y SIETE DÓLARES, 37/100 CTVS, y que, sin ningún sustento jurídico, en el acto administrativo que se impugna, se le rebaja la pensión jubilar a la cantidad de CIENTO VEINTE Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS. Una resolución no puede ir en contra de lo que manda la Constitución y la Ley. Por todo lo señalado en esta sentencia. -ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO ECUATORIANO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY- se acepta la demanda y se dispone, que se proceda al pago de la diferencia entre lo percibido y lo que le correspondía de acuerdo con lo que manda la ley desde la fecha en que se produjo la disminución de la pensión jubilar y que están planteados en los términos de la acción propuesta, más los intereses de ley. Para el cálculo de la

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRONICAMENTE

Firmado por
ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL
C-QUITO
0001896239
0200419075

jubilación, se nombrará perito.- Sin costas.- Notifíquese.-°

SEGUNDO.- Mediante auto de 28 de agosto de 2015, 8h59, el Conjuer de esta Sala admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Dr. Sebastián de los Reyes Piedra, abogado de la Dirección Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO.- Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, ésta se refiere ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el *error in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por "falta de aplicación" (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por "aplicación indebida" de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación" (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entraña "un error de selección"; y, la errónea interpretación equivale a "error del verdadero sentido de la norma".

CUARTO.- La entidad recurrente arguye que se dio una errónea interpretación del artículo 229 de la Ley de Seguridad Social indicando que: *« ¼ es necesario considerar que para determinar el monto que la Institución entrega por concepto de jubilación por vejez no sólo se debe tener presente una lectura literal y aislada del Art. 229 de la Ley de Seguridad Social, sino de la Constitución vigente a esa fecha, ley de la materia -en su totalidad- y la normas reglamentarias emitidas por la Institución¼ Un precepto legal jamás debe interpretarse de forma aislada, sino en conjunto de lo demás preceptos que forman parte del ordenamiento¼ En ese contexto, para calcular el monto de la jubilación se debe tener presente especialmente tres aspectos de orden estrictamente jurídico: 1.- Por mandato constitucional, TODAS las prestaciones que concede la institución deben estar debidamente financiadas. 2.- La norma jurídica central que establece la facultad de ajustar y determinar la cuantía de las prestaciones es el Art. 204 de la Ley de Seguridad Social...°.*

QUINTO.- La Ley de Seguridad Social determina que: *« Art. 204.- El IESS ajustará al inicio de cada ejercicio económico la cuantía mínima de la pensión, según las disponibilidades del fondo respectivo. También regulará la periodicidad y la cuantía de los ajustes a las pensiones de vejez, ordinaria y por edad avanzada, invalidez, viudez y orfandad, y al subsidio por incapacidad, de conformidad con la evolución de la Reserva Técnica del Fondo de Pensiones¼ Art. 214.- Cuantía de la prestación. Con el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual a la fecha en que se aprueba la solicitud de jubilación del afiliado, la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria de vejez o por edad avanzada se determinará según la tasa de interés actuarial y la expectativa de vida del afiliado que señalen las tablas generales aprobadas por el IESS¼ Art. 232.- Revisión*

periódica de pensiones. El IESS realizará periódicamente análisis actuariales de solvencia y sostenibilidad del seguro de invalidez, vejez y muerte y autorizará, con base en ellos, la modificación de la cuantía de las pensiones en curso de pago. Art. 233.- Cambios en el régimen prestacional. No se creará prestación alguna ni se mejorarán las existentes a cargo del Seguro Social Obligatorio aplicado por el IESS, si no se encontraren debidamente financiadas y respaldadas en los resultados de estudios actuariales que demuestren su solvencia y sostenibilidad.°.

SEXTO.- Este Tribunal de Casación concuerda con lo indicado por la entidad recurrente en su recurso de casación respecto de que: *“ el Juzgador analizó el Art. 229 de la Ley de Seguridad aisladamente, sin considerar el contexto de la ley (Art. 204 Ley de Seguridad Social) y las normas secundarias aplicables al caso; esto es las Resoluciones C.D. 137 (Art.5), C.D. 100 195 (Disposición Transitoria Décimo Quinta), C.D. 242 (Disposición Transitoria Cuarta) y C.D (Disposición Transitoria Cuarta)° , ya que el artículo 299 antes referido no puede aplicarse de forma descontextualizada, sino que debe realizarse una interpretación sistemática, concordándolo además con los artículos 204, 214, 232 y 233 de la misma Ley pues la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria de vejez se determina según la tasa de interés actuarial y la expectativa de vida del afiliado que señalen las tablas generales aprobadas por el IESS, ya que las mismas son fluctuantes, debiendo asimismo el IESS realizar periódicamente análisis actuariales de solvencia y sostenibilidad del sistema de seguro universal pues la creación de toda prestación debe estar debidamente financiada y respaldada en los resultados de estudios actuariales que demuestren su solvencia y sostenibilidad. Lo anteriormente dicho se refleja de manera correcta en las Resoluciones del Consejo Directivo (C.D.): a) Resolución C.D. No. 137 de 12 de julio de 2002 cuyo artículo 5 numeral cuarto determinaba el monto máximo de la pensión inicial de jubilación ordinaria de vejez a partir de 1 de agosto de 2002; b) la Resolución C. D. No. 100 de 21 de febrero de 2006 cuya Disposición Transitoria Décimo Quinta establecía el derecho de los jubilados para solicitar el ajuste a la pensión unificada, determinando sus requisitos y los montos de las pensiones para los cuales será aplicable dicho ajuste; c) la Resolución C. D. No. 195 de 9 de enero de 2008 cuya Disposición Transitoria Cuarta determinaba el derecho de los jubilados para revalorizar la pensión de jubilación y su cuantía máxima; y d) la Resolución C. D. No. 242 de 3 de febrero de 2009 cuya Disposición Transitoria Cuarta preveía la automatización del derecho dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Resolución C.D. No. 195 para los casos en que no se lo haya acogido previamente. Es importante mencionar que la universalidad del sistema de seguridad social calcula los montos a recibir por jubilación de vejez conforme al análisis actuarial sobre particularidades que la Ley de Seguridad Social establece, teniendo en cuenta los principios de solidaridad y eficiencia; además que el núcleo esencial del derecho no es el monto a recibir sino el derecho a la jubilación, el cual no ha sido puesto en duda ni se encuentra afectado en el presente caso, al haber fijado el IESS la pensión mensual inicial en la suma de ciento veinticinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 125,00) la cual fue revisada y conforme consta del expediente de instancia la misma fue modificada periódicamente en base a las Resoluciones del Consejo Directivo del IESS antes referidas, sin que pueda verificarse en tal sentido una vulneración al derecho a la jubilación del señor Vladimiro Benjamín Cordero Ordoñez, confirmando por lo antes indicado la errónea interpretación artículo 299 de la LSS.*

Sin que sea necesario ya 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:** Acepta el recurso de casación interpuesto por el abogado de la Dirección Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y en consecuencia casa la sentencia de 3 de octubre de 2013, 16h00, expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca; en consecuencia, y conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, se declara legal 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

Juicio No. 17811-2018-00196

Resolución No 190-2020**JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)****AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, lunes 1 de junio del 2020, las 11h52. **VISTOS:** 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 Ne 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)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y 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, el doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual deberá ser asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **c)** el 20 de diciembre de 2019, a las 16h12, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, en calidad de Juez Ponente, doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño y doctor Patricio Secaira Durango. En el día de la audiencia de casación los Jueces Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango conformaron mayoría para la resolución adoptada, motivo por el cual el doctor Iván Larco Ortuño pasó a ser el nuevo Juez ponente. **d)** Somos competentes para resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1- En sentencia de mayoría dictada el 30 de octubre de 2018, el Tribunal Distrital de lo contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2018-00196 deducido por Roberto Samuel Torres Cabrera en contra del Ministerio de Hidrocarburos, hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y del Procurador General del Estado, resolvió aceptar parcialmente la demanda y declarar la nulidad del acto administrativo impugnado contenido en la Acción de Personal N° D-ATH-

2017-162 de fecha 27 de octubre de 2017, y se dispuso la restitución del actor al cargo de abogado 2, servidor público 5, debiendo emitir la acción de nombramiento provisional y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más beneficios de ley.

1.2.- La Directora de Patrocinio Legal y delegada del Ministerio de Hidrocarburos, hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia de mayoría, fundamentándose para el efecto en el caso 2, 4, y 5 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 15 de julio de 2019 el Conjuerz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 13 de enero de 2020 se convocó para el día jueves 23 de enero de 2020, a las 10h30, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- Con escrito de 15 de enero de 2020 el Ministerio de Energía Y Recursos Naturales No Renovables, solicitó el diferimiento de la audiencia fijada para el día jueves 23 de enero de 2020, a las 10h30.

1.6.- Mediante auto de 17 de enero de 2020 se negó el pedido de diferimiento por improcedente.

1.7.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el Actor acompañado de su defensa técnica, así como el Ministerio de Hidrocarburos, hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, a través de su defensor debidamente acreditado, partes que expusieron sus argumentos en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, la misma que fue adoptada por mayoría, 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 de mayoría dictada el 30 de octubre de 2018 dentro del juicio No.

17811-2018-00196, adolece de los errores previstos en los numerales 2, 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, mismos que han sido acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos errores, se dictará la sentencia en mérito que en derecho corresponda.

2.3.- Respecto al caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La causal segunda motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 2 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: *“2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.”*

En lo principal, el demandado recurrente señaló que la sentencia de 30 de octubre de 2018 dictada dentro del juicio No. 17811-2018-00196, no cumplió con el requisito de la motivación expresado en el artículo 76, numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador vigente a la fecha, así como, lo mencionado en el artículo 89 y 95 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos, debido a que no se ha cumplido con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Así también, el recurrente, ha manifestado que se *“debía analizar los hechos (1/4) y las normas de derecho que son aplicables a dichos hechos, (1/4) a fin de determinar de manera lógica una conclusión o resolución”*

Al respecto cabe mencionar que la Corte Constitucional ecuatoriana, para el período de transición, en sentencia N.0 227-12-SEP-CC, ha determinado tres requisitos, que permiten comprobar si una decisión emitida por autoridad ha sido debidamente motivada o no, estos son: *“I. Razonabilidad, entendida esta como la identificación de las fuentes de derecho empleadas por la autoridad en su decisión y su relación con la naturaleza y objeto de la acción o recurso en el contexto del cual fue emitida la resolución. II. Lógica, la misma que hace referencia a la existencia de la pertinente coherencia entre las premisas y de estas con la decisión final, así como el cumplimiento del mínimo de carga argumentativa que el derecho exige para la decisión de la que se trate; y, III. Comprensibilidad, que hace relación a la claridad en el lenguaje utilizado en el fallo o resolución, con la finalidad de que pueda ser entendido por cualquier ciudadano.”* Criterios que han sido repetidos en varias sentencias posteriores, como por ejemplo, sentencia Nro. 017-14-SEP-CC, caso Nro. 0401-1 3-EP. Es así que esta Sala de acuerdo con los criterios expresados ha revisado la enunciación de las diversas normas, así como la coherencia de las premisas con respecto a la conclusión, para finalmente revisar en un sentido amplio la comprensión de la misma. Es en base a dicho análisis que esta Sala Especializada ha constatado que en la sentencia recurrida se han citado normas legales que resultan impertinentes al caso analizado. En efecto, el Tribunal de instancia ha hecho expresa referencia al artículo 82 de la LOSEP que en su inciso segundo establece que *“La*

carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores^{1/4}, pese a que en la misma sentencia se citan los artículos 83 y 85 de la LOSEP que enumera a los servidores excluidos de la carrera administrativa y que pueden ser removidos libremente. Adviértase entonces que la sentencia recurrida se remite, de manera simultánea, a normas que establecen estabilidad de los servidores públicos, y a normas que los excluyen de dicha estabilidad. Adicionalmente el Tribunal de instancia ha utilizado para su resolución el artículo 229 de la Constitución de la República y el artículo 65 de la LOSEP que establecen la necesidad de la realización de un concurso de méritos y oposición para el ingreso al servicio público, a pesar de que en la sustanciación del juicio estuvo siempre claro que el actor no ingresó al Ministerio de Energía a través de un concurso. Se verifica además que en la sentencia recurrida se ha citado las normas que regulan los contratos de servicios ocasionales, a pesar de que el objeto de la controversia gira en torno a la cesación de un nombramiento provisional. También el Tribunal de instancia ha utilizado para la motivación de su resolución a la sentencia No. 004-18-SEP-CC de 03 de enero de 2018 emitida por el Corte Constitucional dentro del caso No. 0664-14-EP, que en nada se relaciona con el caso analizado, puesto que la referida sentencia de la Corte Constitucional se refiere a la falta de motivación por parte de autoridades jurisdiccionales y dispone la investigación a los jueces que no motiven adecuadamente sus sentencias. Se constata también que la sentencia recurrida se ha remitido a la sentencia No. 048-17-SEP emitida por la Corte Constitucional dentro del caso No. 0238-13-EP, que tampoco se relaciona al presente caso en que se analiza un nombramiento provisional, toda vez que la mencionada sentencia de la Corte Constitucional se refiere a la suscripción de contratos de servicios ocasionales.

De esta manera ha quedado evidenciada la falta de razonabilidad y lógica de la sentencia recurrida toda vez que las fuentes de derecho empleadas por el Tribunal de instancia para adoptar la decisión no se relacionan con la naturaleza y objeto de la acción, y varios de los razonamientos y argumentaciones resultan contradictorios y/o incompatibles, por lo que se acepta el recurso por este extremo.

Una vez que se ha evidenciado el error de derecho en la sentencia recurrida, ésta debe ser casada, y de conformidad a los numerales 3 y 4 del artículo 273 del COGEP, esta Sala Especializada considera: En la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha decidido declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, disponiendo la restitución del actor a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Para llegar a esta resolución el Tribunal de instancia manifiesta: *“ 1/4 si bien la Corte Constitucional ha considerado en temas de contratos de servicios ocasionales, las personas con discapacidad, quienes por dicha condición se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, tienen una estabilidad laboral reforzada; este Tribunal tomando en*

*consideración el precedente Constitucional de aplicación obligatoria emitido en Sentencia No. 004-18-SEP-CC, caso No. 0664-14-EP de 03 de enero de 2018, toda vez que el actor por su condición de discapacitado, es sujeto de estabilidad especial y al haberse producido una vulneración del derecho al trabajo y al autosustento del actor y aplicando la normativa más favorable para el accionante, tomando en consideración el tiempo que ha ocupado el cargo del cual ha sido cesado, se considera que la Administración actuó sin la debida motivación que es un requisito indispensable de la legitimidad y legalidad de un acto administrativo (¼) En consecuencia en el presente caso, el error de la Administración al adecuar el accionar del actor al presupuesto legal sin tomar en consideración las condiciones especiales que posee por la discapacidad física del 42% que tiene, provoca falta de motivación y por ende confluencia en la nulidad del acto administrativo°. Adviértase que el único fundamento para que el Tribunal de instancia haya declarado la nulidad del acto administrativo impugnado es que la institución pública demandada, al haber separado al actor del juicio de su puesto de trabajo, ha omitido considerar su condición especial de discapacidad, sin que el Tribunal de instancia haya mencionado de manera clara y precisa cuál es la causal que motiva la nulidad, o cuáles son las solemnidades sustanciales o las formalidades que se omitieron para la expedición del acto de cesación, o de qué manera esas omisiones viciaron al proceso de nulidad insubsanable, limitándose la sentencia recurrida a señalar que no se ha considerado la condición especial de discapacidad del actor del juicio. Al respecto se debe señalar que el inciso primero del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades de forma clara y contundente dispone lo siguiente: ^a *Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo°*. Norma ésta que resulta plenamente aplicable al presente caso toda vez que el señor Roberto Samuel Torres Cadena ha justificado plenamente en el proceso tener una discapacidad del 42%; y, en tal virtud, goza de estabilidad especial en su trabajo, conforme lo expresamente dispuesto en la Ley Orgánica antes transcrita. Consecuentemente, si el Ministerio de Hidrocarburos cesó al señor Roberto Samuel Torres Cadena sin tomar en cuenta su estabilidad especial en su sitio de trabajo, lo que se ha producido es una ilegalidad ya que ha existido una clara violación al artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; y por ende, la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado deviene en improcedente, ya que lo que en verdad se ha producido es la ilegalidad de dicho acto.*

2.4.- Respecto al caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La casual cuarta motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: *“4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas*

de derecho sustantivo en la sentencia o auto.°

El casacionista que invoque el caso 4 del artículo 268 del COGEP debe determinar y especificar lo siguiente: **a)** Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba respecto de los que el Tribunal ha incurrido en el error, **b)** El modo en el que se ha cometido el error, esto es si por aplicación indebida, falta de aplicación o por errónea interpretación; **c)** Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; **d)** Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea, interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. En la especie, los presupuestos antes referidos no se han cumplido, toda vez que el recurrente se limita a enunciar determinadas normas (no todas son preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba), pero en ningún momento determina con precisión cómo la violación a los preceptos han conducido a la violación de normas de derecho (violación indirecta o efecto rebote), ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación, imposibilitando de esta manera que la Sala Especializada de casación pueda analizar la sentencia recurrida a la luz del vicio acusado.

El recurrente expresa que la sentencia recurrida no aplica el contenido del artículo 163 numeral 3 del Código Orgánico General del Procesos, norma ésta que establece los hechos que no requieren ser probados y que son ^aLos hechos notorios o públicamente evidentes°, agregando que el Tribunal de instancia no consideró que el concurso de méritos y oposición es un concurso público, que no requería ser probado. Esta Sala requiere hacer ciertas precisiones respecto a los hechos notorios y públicamente evidentes. Los hechos notorios en el marco del artículo 163 del COGEP deben ser entendidos como tan generalmente percibidos o divulgados de manera que no quede espacio para la refutación, con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse convencido de ellos, como se convence al juez en el proceso en base a la práctica de la prueba; de tal modo que ya no sería necesario probar los hechos que el juez considera de notoriedad absoluta y general. Así también, los hechos públicamente evidentes se refieren a que los mismos son evidentemente conocidos por todos en la generalidad. Sobre aquello, el recurrente ha mencionado lo siguiente: *“Por otra parte, la Entidad demandada mediante Memorando Nro. MH-DATH-2018-0167-ME de 16 de mayo de 2018, suscrito por la directora de administración de talento humano se indica: “al respecto me permito informar que revisados los reportes de postulaciones de los cargos Abogado 3, Abogado 2 y abogado 1 del 2017-2018 el ex funcionario Roberto Samuel Torres Cabrera no ha participado en ninguno de los procesos de selección. Se adjuntan reportes correspondientes con las firmas de los administradores de los concursos evidenciándose que*

efectivamente existieron concursos convocados por la entidad demandada dentro del cargo de Abogado 2.º Sin embargo, en la propia sentencia de instancia se menciona que los reportes correspondientes no han sido remitidos dentro del expediente administrativo ni judicial, por lo que no existe elementos de convicción suficientes para determinar a ciencia cierta, que efectivamente los concursos se realizaron, las fechas de convocatoria, y si el actor del juicio tuvo la oportunidad de participar en ella al haber sido debidamente notificado para el efecto.

Adicionalmente, el recurrente menciona que tampoco se ha aplicado el artículo 169 del COGEP mismo que regula la carga de la prueba, disponiendo que corresponde y es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda. Al respecto vale mencionar, que el artículo al cual se ha referido el recurrente no constituye un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, ya que dicho artículo se limita a señalar quién debe practicar la prueba, pero en ninguna parte regula los insumos que debe considerar el juez al momento de valorar la prueba.

El recurrente ha señalado también que no se aplicó el artículo 195 del COGEP mismo que dispone: *“Art. 195.- Eficacia de la prueba documental. Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario:*

1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos. 2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad. 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar.º Sobre el particular el recurrente afirma que el memorando No. MH-DATH-2018-0167-ME de 16 de mayo de 2018 fue anunciado y debidamente practicado como prueba a su favor, agregando que pese a ello el Tribunal de instancia le ha restado valor probatorio. Al respecto esta Sala Especializada considera necesario señalar que en el considerando 5.3 de la sentencia remitida por el Tribunal de instancia, hace expresa mención al memorando No. MH-DATH-2018-0167-ME llegando inclusive a transcribirlo, pero no solo eso, sino que lo considera, analiza y valora como parte de la motivación de la sentencia; por lo que a diferencia de lo aseverado por el recurrente, en la sentencia, efectivamente si se ha valorado el medio probatorio al que hace referencia al recurso. Se evidencia entonces que el recurrente no ha logrado demostrar el vicio en la sentencia recurrida al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

2.5.-Respecto al caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La casual quinta motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 5 del artículo 268

del COGEP, norma que expresa: “5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

El recurrente aduce que en la sentencia recurrida ha existido una indebida aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Al respecto se debe mencionar que la indebida aplicación implica un error de selección, y se presenta cuando el juzgador ha entendido rectamente el sentido de la norma pero la ha utilizado para un caso que no es el que ella ha previsto. En este evento el recurrente necesariamente debe identificar la norma que se debía aplicar al caso concreto en sustitución de aquella norma que se considera indebidamente aplicada; sin embargo, en el presente caso el casacionista se ha limitado a señalar la supuesta indebida aplicación del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, pero en ningún momento ha identificado la norma que se debía aplicar en su reemplazo.

Igualmente, el recurrente aduce que no se aplicó el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que dispone: “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.” A lo cual, esta Sala considera que dicha norma resulta inaplicable, debido a que tal como ha mencionado el recurrente, tanto en su intervención en la audiencia, como en el recurso escrito, no se trata de un servidor público de carrera, por lo que el mencionado artículo no es aplicable.

Complementariamente, el recurrente manifestó que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de la norma prevista en el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, norma esta de la cual no cabe alegar su falta de aplicación puesto que de la revisión de la sentencia recurrida se puede apreciar que en el considerado 5.3, párrafo octavo, se aplica el mencionado artículo.

Finalmente, el recurrente alega que en la sentencia recurrida exista indebida aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de la Corte Constitucional No. 004-18-SEP-CC (caso 064-14-EP). Adicionalmente el casacionista menciona acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de los siguientes precedentes jurisprudenciales: sentencia No. 258-15-SEP-CC (caso 2484-15-SEP-CC), sentencia No. 053-19-EP-CC (caso 0577-12-EP), sentencia No. 116-16-SEP-CC (caso 0555-12-EP). Al respecto es necesario señalar que el caso 5 del artículo 268 del

COGEP se refiere, entre otros, a los ^a *precedentes jurisprudenciales obligatorios*; esto es, aquellos que han sido aprobados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y publicados en el Registro Oficial, luego de que se hayan cumplido con los presupuestos y procedimientos previstos en los artículos 184 y 185 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 180 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, situación ésta que en el presente caso no se ha verificado, toda vez que las sentencias citadas por el recurrente de ninguna manera pueden ser consideradas como los precedentes jurisprudenciales obligatorios a los que se refiere la causal invocada, por lo que se rechaza el recurso por este extremo.

III.- 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 propuesto por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, exclusivamente por el caso 2 del artículo 268 del COGEP; y, en consecuencia, casa la sentencia de mayoría dictada el 30 octubre de 2018 dentro del juicio No. 17811-2018-00196. En aplicación del artículo 273 del COGEP, esta sala especializada acepta parcialmente la demanda propuesta por el señor Roberto Samuel Torres, y declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, disponiendo la restitución del actor a su puesto de trabajo o a uno de similares características, sin que sean procedentes las demás pretensiones del actor. 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. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

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, lunes 1 de junio del 2020, las 11h52. **VISTOS:** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial realizo mi voto salvado en los siguientes términos: **PRIMERO.**- En el recurso de casación presentado por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) se indica que: *“1/4 el ex servidor Roberto Torres tenía un nombramiento provisional totalmente diferente al caso manifestado en el precedente jurisprudencial que habla de contratos de servicios ocasionales. De igual forma el precedente jurisprudencial es relativo a la terminación de un contrato de servicios ocasionales, consecuencia de una serie de actos discriminatorios lo cual no es aplicable para este caso, puesto que la separación del ex Servidor Roberto Torres obedeció a la aplicación de una figura jurídica prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público llamada remoción, misma que no es una sanción sino una facultad de la Autoridad Nominadora que consiste en disponer libremente de los puestos de libre remoción como es el nombramiento provisional”* 1/4 En tal situación, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tenía la obligación de explicar porque una sentencia de la Corte Constitucional relativa a contrato de servicios ocasionales y discriminación de un servidor público es aplicable a un proceso de cesación de funciones por aplicación de la figura de remoción de un nombramiento provisional. De igual forma era necesario que el Tribunal en su sentencia analice porque la aplicación de la figura de remoción a un funcionario que tiene nombramiento provisional no es aplicable tomando en cuenta que el artículo 85 de la LOSEP prevé como único requisito para la aplicación figura de remoción que el servidor público tenga nombramiento provisional.”. **SEGUNDO.- 2.1.-** En la sentencia recurrida, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, indica correctamente que: *“ Con fecha 27 de octubre de 2017, el actor es cesado en funciones en aplicación del literal e) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público. La cesación de funciones es el género de la terminación de la relación*

administrativa de un servidor público con la Administración. De ahí, que existen varias figuras jurídicas que cumplen este fin. El literal e) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece cuatro situaciones jurídicas diferentes, no necesariamente concurrentes, de terminación del vínculo con la Administración, entre los cuales constan: “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” Adicionalmente el artículo 83 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece que servidores públicos se encuentran excluidos de la carrera del servicio público, dentro de los cuales están en el literal “h) Las o los servidores de libre nombramiento y remoción, y de nombramiento provisional”. (Énfasis fuera del texto) Lo cual es concordante con el artículo 85 *Ibidem* que dispone: “Servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción.- Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza”. (Énfasis fuera del texto) Otra norma que resulta pertinente citar que es la carrera de servicio público que está definida en el artículo 82 de la citada ley y dice: “La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales, sin discriminación a las personas con discapacidad mediante procesos de evaluación” (énfasis fuera del texto) Por otra parte para ingresar en el sector público se requiere haber resultado ganador de un concurso de méritos y oposición, conforme lo determina el artículo 229 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 65 de la Ley Orgánica de Servicio Público que establece: “Del ingreso a un puesto público.- El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos” (énfasis fuera del texto) De los hechos expuestos en relación a las normas transcritas el Tribunal advierte que el actor efectivamente era un servidor público conforme el nombramiento provisional, el cual sin embargo, no le concede estabilidad por cuanto el mencionado nombramiento provisional no fue otorgado cumpliendo con las reglas establecidas para el ingreso al servicio público, esto es siendo ganador de un concurso de méritos y oposición, conforme lo establece la normativa del servicio público⁴ En este contexto, efectivamente, se evidencia que la Administración actuó de conformidad con las normas citadas, expidiendo la Acción de Personal de Cesación de un Nombramiento Provisional, por cuanto dicho nombramiento no otorgaba ninguna estabilidad al actor justamente por el hecho de ser provisional no pudiendo asemejarse a las garantías y prerrogativas que tienen los servidores públicos de carrera administrativa que ingresaron al haber aprobado un concurso de méritos y oposición.”. Sin embargo, posteriormente menciona que la Administración no consideró lo manifestado por la Corte Constitucional respecto de la desnaturalización de los contratos de trabajo ocasionales, pues a pesar de considerar la existencia de las acciones de personal de nombramiento provisional, también lo hace con los contratos ocasionales, indicando que: “Por lo que se constata que el accionante al ser un servidor público que ha mantenido una relación laboral desde el año 2008 hasta el 2012 a través de contrato de servicios ocasionales, superando en demasía el plazo establecido para dicho contrato en el inciso segundo del artículo 58 de la LOSEP, ha desnaturalizado así su objeto, y al haberse evidenciando la necesidad estable y continua del trabajo que realiza el actor, a quien en el año 2013 le otorga la Administración nombramiento provisional al amparo del literal c) del artículo 18 del Reglamento de la LOSEP, que dispone: “Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor

siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto. 2.2.- El inciso primero del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades señala que: “*Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo*”. En el presente caso, tanto el citado artículo como la resolución de la Corte Constitucional buscan la estabilidad de las personas que presentan algún tipo de discapacidad. Sin embargo, el artículo 51 citado, no puede interpretarse en el sentido de que establece una estabilidad indeterminada. Por el contrario y conforme la sentencia de la Corte Constitucional, existen parámetros determinados para la estabilidad laboral de personas con discapacidad, en el caso de la sentencia indicada se da por la terminación laboral de un contrato ocasional, lo cual no es equiparable a la situación del actor, quien al momento de desvincularse del Ministerio había sido contratado bajo nombramiento provisional, el cual, de acuerdo al artículo 83 literal h) de la LOSEP y el artículo 85 ibídem, no goza de estabilidad, por tanto no es correcto que se le restablezca al actor a un cargo del cual fue removido legalmente en relación a su tipo de contrato y ^a garantizar una estabilidad^o fuera de lo que establece la LOSEP. En razón de lo antes mencionado considero que el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables debe aceptarse, y se debe casar la sentencia dictada el 30 de octubre de 2018, 15h37, dictada dentro del juicio No. 17811-2018-00196 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, rechazándose la demanda planteada por el actor. 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



128335638-DFE

Juicio No. 17811-2018-00196

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, viernes 24 de julio del 2020, las 13h09. **VISTOS:** a) Con escrito presentado el 08 de junio de 2020 el Director de Patrocinio Legal de la Coordinación General Jurídica y delegado del Ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables solicitó aclaración y ampliación de la sentencia de mayoría dictada en la presente causa. b) Con auto de sustanciación de fecha 17 de junio de 2020 el Juez ponente dispuso que el compareciente justifique la calidad en que comparece; y, adicionalmente corrió traslado a la contra parte para que se pronuncien sobre los pedidos formulados. c) En escrito de 19 de junio de 2020, el cual se ordena agregar al proceso, se remitieron la acción de personal y el Acuerdo Ministerial con el que se justifica la calidad de Director de Patrocinio Legal de la Coordinación General Jurídica y delegado del Ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables, por lo que se declara legitimada su intervención. d) El señor Roberto Samuel Torres Cabrera no contestó al traslado que se le hizo. A fin de resolver sobre los antes citados recursos horizontales se realizan las siguientes consideraciones:

1.- EEMinistro de Energía y Recursos Naturales No Renovables solicitó aclaración de la sentencia de mayoría dictada en la presente causa en los siguientes términos: *“En este contexto solicito, que se aclare, cual fue la razón jurídica para descartar la aplicación del artículo 47 de la LOSEP, puesto que de no aplicarse, significaría que cualquier persona con discapacidad, que ocupe un puesto de libre nombramiento, no podría ser desvinculada”*. Al respecto se debe señalar que el Ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables planteó recurso de casación fundamentándose en los casos 2, 4 y 5 del artículo 268 del COGEP, los cuales fueron admitidos a trámite. En ninguna de estas causales la entidad pública recurrente ha mencionado o citado el artículo 47 de la LOSEP, motivo por el cual el Tribunal de esta Sala Especializada estaba imposibilitado de pronunciarse respecto a una norma que el recurrente no ha considerado infringida en el recurso de casación.

2.- EEMinistro de Energía y Recursos Naturales No Renovables solicitó ampliación de la sentencia de mayoría dictada en la presente causa en los siguientes términos: *“En tal contexto solicito se amplíe la sentencia, a fin de que se disponga cual sería el mecanismo legal que debe acatar esta Cartera de Estado, frente a la imposibilidad de crear una nueva partida o que el servidor regresa a la que estuvo ocupando”*. Al respecto se debe señalar que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación que hayan planteado las partes procesales, y eso es precisamente lo que esta Sala hizo en el presente caso, por lo que resulta improcedente que el peticionario, vía recurso horizontal de ampliación, pretenda que el máximo órgano de justicia ordinaria del país se pronuncie sobre asuntos

administrativos internos de la institución recurrente.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el Director de Patrocinio Legal de la Coordinación General Jurídica y delegado del Ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables. En virtud de que el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo emitió voto salvado en la sentencia dictada en la presente causa, firma este auto por obligación legal.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

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

125138418-DFE

Juicio No. 17811-2018-00045

Resolución No 203-2020

**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, miércoles 3 de junio del 2020, las 10h09. **VISTOS:** 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 Ne4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y 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, el doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual deberá ser asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **c)** el 10 de enero de 2020, a las 16h38, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en calidad de Juez Ponente, doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y doctor Patricio Secaira Durango; **d)** el 10 de febrero de 2020 el doctor Patricio Secaira Durango, Juez Nacional Encargado, presentó formal excusa para el conocimiento y resolución de la presente causa, de conformidad con el artículo 22 numeral 8 del Código Orgánico General de Procesos; **e)** El doctor Iván Larco Ortuño, Juez Nacional Encargado, aceptó la referida excusa; y, el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, resolvió no aceptar la excusa presentada; **f)** Por no existir acuerdo respecto a la excusa presentada, se llamó al doctor Miguel Bossano Rivadeneira, Conjuez Nacional, previo sorteo de ley, quien resolvió aceptar la excusa presentada; motivo por el cual mediante sorteo de 21 de febrero de 2020 se dispuso que el doctor Fernando Ortega Cárdenas, Conjuez Nacional Encargado, continúe en el conocimiento de la presente causa; **g)** Somos competentes para conocer y resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Mediante sentencia de 8 de abril de 2019, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2018-00045, deducido por el Consejo de la Judicatura en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, resolvieron: *“(1/4) se rechaza la demanda presentada por el Consejo de la Judicatura, confirmándose la legalidad del Acuerdo No. 17-1384 de 29 de agosto de 2017 expedido por la Comisión Nacional de Apelaciones No. IESS-CPPCP-2017-1417-A de 05 de mayo de 2017 emitido por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de la cuales (sic) se ratificó las glosas No. 57871215 y 57871224 (1/4)°.*

1.2.- El abogado Ángel David García Ruiz, delegado del Director General del Consejo de la Judicatura, con escrito presentado el 7 de mayo de 2019, interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.3.- Con auto de 2 de septiembre de 2019, el Conjuerz de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación, esto es, por el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de motivación de la sentencia impugnada.

1.4.- Mediante auto de sustanciación de 17 de enero de 2020, las 12h50, el Juez Nacional Ponente convocó a las partes para el día 10 de marzo de 2020, a las 10h00, a fin de que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron el recurrente, Consejo de la Judicatura, a través del procurador del Director General del Consejo de la Judicatura debidamente acreditado, quién fundamentó su recurso en base al caso admitido a trámite. Compareció también el demandado, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debidamente representado por el delegado del Director General. Luego de escuchar los argumentos de las partes esta Sala Especializada pronunció su resolución oral y rechazó el recurso interpuesto por el Consejo de la Judicatura, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita 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 expedida el 8 de abril de 2019, por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 17811-2018-00045, adolece del vicio acusado por el recurrente, esto es, falta de motivación en la sentencia recurrida. De comprobarse el yerro en la sentencia recurrida, se emitirá el fallo de mérito que corresponde.

2.3.- Sobre la falta de motivación de la sentencia, con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP.- Al fundamentar el recurso por este vicio el recurrente ha señalado: *<<(1/4) en el presente caso (1/4) se evidencia que la misma no es razonable, ya que se realiza un análisis en una línea totalmente diferente a la que correspondería dentro de la presente causa, puesto que (1/4) no se aplicó los artículos 82 de la Constitución de la República del Ecuador, así como tampoco se aplicó el artículo 275 de la Ley de Seguridad Social (1/4) y el literal g) del artículo 158 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (1/4) los Jueces de instancia actuaron con total falta de motivación, puesto que únicamente se pronunciaron a partir del “[1/4] contrato de servicios ocasionales No. 5929 [1/4] de fecha 03 de abril de 2013 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013 [1/4]”, dando a entender que antes de este, existió una relación de dependencia entre la doctora Sara Mercedes Yépez Guillen y el Consejo de la Judicatura, bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales **ininterrumpida**, lo cual es falso (1/4) a criterio de los Jueces de instancia, en las acciones de personal que se emitieron a favor de la doctora Sara Mercedes Yépez (sic) Guillen, para que desempeñe el cargo de Jueza Temporal, se le estableció el horario de trabajo, la dependencia y en **ningún caso se acordó por unidades de trabajo, sin horario ni unidades de tiempo y sin dependencia**. Sin embargo (1/4) más adelante (1/4) de forma totalmente incoherente y contradictoria proceden a señalar: [1/4] **Adicionalmente, se debe aclarar que existen diez acciones de personal en las cuales únicamente le encargan la resolución de una causa individualizada; sin embargo de ello, no se especifica el tiempo en el cual actuó en cada uno de los procesos que se le confirió el encargo temporal, existiendo tiempo trabajado que no ha sido individualizado [1/4]” (1/4) existe falta de lógica en la sentencia que recurro, toda vez que no hay **coherencia e interrelación entre las premisas fácticas del caso concreto, con los hechos materiales que se desprendieron de las pruebas aportadas al proceso y con la decisión judicial**, puesto que de las pruebas que fueron presentadas por el Consejo de la Judicatura, mismas que fueron plasmadas en la sentencia (1/4) las cuales constan en el numeral **4.2.1.**, y que dan un total de **38**; así como también las pruebas que fueron aportadas por el***

*Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y por la doctora Sara Mercedes Yépez Guillen, las cuales se encuentran señaladas en el numeral 4.3., de la sentencia que recorro y que dan un total 33, en ninguna de ellas se hace referencia, peor aún se corrobora que (1/4) cuando fungía como Jueza Temporal, **trabajaba en jornadas de ocho (8) horas diarias** (1/4) Lo cual también es incoherente y contrario con los argumentos que señale en párrafos anterior (sic), puesto que fueron los propios jueces de instancia quienes señalaron que **existen acciones de personal en las cuales se le encargó** (1/4) únicamente **una (1) causa individualizada y no se le especificó el tiempo en el cual actuó en cada uno de los procesos.** (1/4) todas (sic) inconsistencias ponen en grave tela de duda, la decisión judicial emitida por los Jueces del Tribunal (1/4) puesto que no sabemos bajo que respaldos, procedieron a realizar tales argumentaciones, lo cual deviene en que la sentencia (1/4) sea totalmente incoherente e ilógica y por ende inmotivada. (1/4) La sentencia impugnada, al carecer de lógica y coherencia, en razón de la falta de argumentación razonada para adoptar la decisión, no es clara ni concreta respecto a las cuestiones que debía resolver. (1/4)>>.*

A fin de determinar si el yerro acusado por el recurrente está o no presente en el fallo recurrido, se observa que en su texto el Tribunal de instancia lo motiva de esta manera: “ (1/4) De la revisión del proceso el Tribunal verifica que la doctora Yépez, en virtud de las acciones de personal extendidas a su favor por parte de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, a fin de que ejerza el cargo de Juez Temporal, fue nombrada por medio de dichos actos administrativos expedidos por autoridad competente, mediante los cuales se le otorgó la capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público. Por lo que es incuestionable que en virtud de dichas acciones de personal, durante el tiempo que la doctora Yépez fungía como juez temporal, estaba investida de toda la autoridad que emana del pueblo estando obligada a cumplir, hacer cumplir y aplicar, la potestad de administrar justicia; funciones que debía desempeñarlas de manera personal, en jornadas de ocho horas diarias para la práctica de las diligencias judiciales, debiendo ejercer con responsabilidad la autoridad de la que estaba investida; por lo que tenía prohibido realizar durante las horas de la jornada ordinaria de trabajo actividades ajenas al ejercicio de las funciones correspondientes a su cargo, o ausentarse del lugar de trabajo sin autorización previa, participar en actividades que lleven a la interrupción o mengua de la prestación del servicio y menos aún ejercer la libre profesión de abogado. Es decir, durante el tiempo que se desempeñaba como Juez Temporal, la doctora Yépez debía cumplir con todos los deberes, obligaciones, responsabilidades y prohibiciones como cualquier Juez, configurándose así todos los elementos de dependencia que han sido analizados, lo que conllevan (sic) a determinar sin lugar a dudas que existía una relación de dependencia entre la doctora Yépez y el Consejo de la Judicatura. (1/4) Corresponde esclarecer si dichas acciones de personal por su naturaleza, esencia y elementos, otorgan los derechos a la

tercera beneficiaria. Las acciones de personal, fueron emitidas por el Consejo de la Judicatura, suscritas por el Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la época, las cuales en el numeral 9 se señala (sic) que se encarga el despacho del referido juzgado a la doctora Sara Mercedes Yépez Guillén con todas las atribuciones que el caso amerita y con la prohibición del ejercicio profesional mientras se encuentre en funciones; y el numeral 10 indica que el puesto es de Juez Temporal; es decir, debía cumplir con un horario, en una determinada dependencia, por el cual se le iba a pagar una remuneración; en ningún caso existe evidencia que se convino por unidades de trabajo, sin horario ni unidades de tiempo y sin dependencia, o con un honorario especial según la naturaleza y complejidad del proceso o según el trabajo especial encomendado. Es decir las acciones de personal, al ser declaraciones unilaterales de la administración en ejercicio de sus funciones produjeron efectos jurídicos palmarios a la tercera beneficiaria, de forma directa: conforme a la doctrina de los actos administrativo (sic) pues se cumplieron con los requisitos esenciales de los mismos (1/4) los elementos que han sido analizados conllevan a determinar sin lugar a dudas la relación entre el Consejo de la Judicatura y la Tercera Beneficiaria, que le otorga el beneficio de la afiliación y derecho a los fondos de reserva. (1/4) existen diez acciones de personal en las cuales únicamente le encargan la resolución de una causa individualizada: sin embargo de ello, no se especifica el tiempo en el cual actuó en cada uno de los procesos que se le confirió el encargo temporal, existiendo tiempo trabajado que no ha sido individualizado. En lo referente a la glosa de ajuste de fondos de reserva por el período septiembre 2013 a abril de 2014 de igual forma no existe el error que se ha señalado, pues conforme el contrato de servicios ocasionales No. 5929 que posteriormente suscribió el Consejo de la Judicatura con la doctora Yépez de fecha 03 de abril de 2013 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013 (1/4) el cual fue renovado automáticamente por el año 2014, conforme ha sido reconocido expresamente por la actora, y que estuvo vigente hasta abril del 2014 fecha en la cual fue destituida la tercera beneficiaria, conforme también lo manifestó la accionante, en tal virtud al estar la doctora Yépez bajo esta modalidad de contratos de servicios ocasionales, tenía relación de dependencia con el Consejo de la Judicatura y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento conforme lo establece el artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público (1/4)°.

Es necesario recordar que es obligación del recurrente determinar con precisión cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida incurrió en la infracción, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y las circunstancias a que se refiere la infracción, por lo que no basta señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal.

En el presente caso, el recurrente aduce la existencia del vicio de falta de aplicación de los artículos

82 de la Constitución de la República del Ecuador, 275 de la Ley de Seguridad Social y 158 literal g) del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, no obstante ha propuesto su recurso fundamentándose en el vicio de falta de motivación, lo que evidencia que el recurrente ha tratado de conjugar o de agrupar el caso dos en virtud del cual ha propuesto su recurso, con el caso cinco del artículo 268 del COGEP referido a la falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, debiendo señalarse sobre el particular que los vicios y las causales previstas en el artículo 268 del COGEP son distintos y autónomos, ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí; y en tal virtud, resulta improcedente que se pretenda conjugar o agrupar dichas causales y vicios. Adicionalmente, el recurrente cuestiona la valoración de las pruebas realizada por el Tribunal de instancia, y para el efecto se ha remitido al contrato de servicios ocasionales No. 5929 de 03 de abril de 2013 afirmando que indebidamente el Tribunal de instancia, en base a esta prueba, concluyeron la existencia de una relación de dependencia entre la doctora Yépez y el Consejo de la Judicatura, agregando el casacionista que de la prueba practicada no se puede colegir que la doctora Yépez haya laborado 8 horas diarias. Al respecto se debe precisar que la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia sobre la existencia de la relación de dependencia entre el Consejo de la Judicatura y la doctora Yépez no solamente se fundamenta en el contrato de servicios ocasionales como erradamente sostiene el casacionista, sino que además encuentra su sustento en la acción de personal emitida por el Consejo de la Judicatura, y sobre todo, en la naturaleza jurídica de las funciones asignadas a la doctora Yépez, ya que al haber sido designada Jueza Temporal, tenía los mismos derechos, obligaciones y atribuciones que un juez principal para administrar justicia, lo que sin lugar a dudas evidencia la relación jurídica de dependencia laboral entre el Consejo de la Judicatura y la Jueza Temporal.

Adicionalmente el recurrente afirma que la sentencia impugnada es incoherente aduciendo para el efecto que en principio el Tribunal Distrital señaló que la tercera beneficiaria cumplía un horario, pero luego afirma que existen diez acciones de personal respecto de las cuales se le encargó a la doctora Yépez una causa individualizada y que no se especifica el tiempo en el cual actuó en cada uno de los procesos en los cuales se le confirió el encargo temporal. Al respecto el Tribunal de esta Sala Especializada considera que no existe la incoherencia alegada por el casacionista toda vez que, para efecto del tema analizado, el literal a) del artículo 9 de la Ley de Seguridad Social, al regular la obligatoriedad de la afiliación al IESS, de manera clara y contundente dispone que: *“Es trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o*

poder especial o nombramiento^o. Pero más allá de aquello, se observa que las pretensiones del casacionista develan su intención de que se realice una nueva valoración de las pruebas, olvidando que dicha valoración es la operación mental que realiza el juzgador de instancia para subsumir los hechos en la norma y determinar la fuerza de convicción de los mismos para concluir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o demandado, y esta facultad de valorar la prueba es privativa y exclusiva de los jueces de instancia, y es por este motivo que el inciso cuarto del artículo 270 del COGEP dispone que *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*^o. La sala de casación no puede entonces realizar una valoración nueva de la prueba, distinta de la que realizó el juzgador de instancia, lo único que puede hacer es comprobar si en la valoración de la prueba se han violado los preceptos jurídicos relativos a dicha valoración, y si dicha violación ha conducido a la violación de las normas de derecho sustantivo, en cuyo caso el recurso de casación debe proponerse por el caso cuarto del artículo 268 del COGEP y no por el segundo, como indebidamente lo ha hecho el recurrente.

Se debe precisar que la correcta fundamentación del recurso de casación es una carga procesal del recurrente, por lo que el Tribunal de esta Sala Especializada está impedido de subsanar los yerros en la formulación del recurso o de interpretar las intenciones del casacionista, razón por la cual no procede el análisis de los yerros indebidamente formulados.

Por lo demás, se observa que el Tribunal de instancia, bajo los argumentos que constan esgrimidos en el fallo recurrido, resolvió explícitamente sobre el objeto de la controversia, esto es, realizar el control de legalidad del Acuerdo No. 17-1384 de 29 de agosto de 2017 expedido por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS y del Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1417-A de 05 de mayo de 2017 emitido por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, a través de los cuales se ratificaron las glosas No. 57871215 y 57871224 emitidas contra la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, lo cual guarda estrecha relación con las pretensiones propuestas por el actor en su demanda y las excepciones esgrimidas por la entidad demandada. Así las cosas, el Tribunal Distrital ha basado su motivación en la subsunción que ha hecho de los hechos a la normativa aplicable al caso concreto, enunciando expresamente la normativa en que se fundamenta el fallo y explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del caso, lo cual lo ha hecho de manera lógica, razonada, sistémica y comprensible, descartándose de esa forma la falta de motivación que acusa el recurrente. El hecho de que la parte motiva de la sentencia no coincida con el criterio del casacionista o no satisfaga sus intereses procesales, no es motivo suficiente para aducir falta de motivación, y en consecuencia se rechaza el recurso de casación por este extremo.

III.- 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**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Consejo de la Judicatura, y en consecuencia no casa la sentencia emitida el 8 de abril de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.-**

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

ORTEGA CARDENAS FERNANDO
CONJUEZ NACIONAL

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

127736499-DFE

Juicio No. 17811-2018-00045

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 16 de julio del 2020, las 09h55. **VISTOS:** a) Con escrito presentado el 09 de junio de 2020 el doctor Santiago Peñaherrera Navas, Delegado del doctor Pedro José Crespo Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura, solicitó aclaración y ampliación de la sentencia emitida en la presente causa, y para el efecto manifiesta: *“(V4) el Consejo de la Judicatura fundamentó su recurso de casación en la falta de motivación existente en la sentencia expedida el 08 de abril de 2019, a las 11h32, por las Juezas del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, toda vez que la misma no contiene el elemento de la razonabilidad, puesto que no se aplicó la normativa constitucional (Art. 82 Constitución), legal (Art. 275 Ley de Seguridad Social) y reglamentaria (Art. 158 literal g. Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social), lo cual nada tiene que ver con la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.* b) Con auto de 15 de junio de 2020 el Juez ponente corrió traslado a las partes para que se pronuncien sobre el referido pedido en el término de 48 horas. c) El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social mediante escrito presentado el 17 de junio de 2020 señala: *“(V4) carece de asidero el petitório realizado por la parte actora hoy recurrente, ya que la sentencia recurrida es totalmente clara, y en ella no se ha omitido tratar ningún punto controvertido, en virtud de lo cual, solicito se rechace de plano el recurso horizontal presentado por el representante legal del Consejo de la Judicatura. (V4)”* d) Agréguese al proceso el escrito presentado el 17 de junio de 2020 por la doctora Sara Yépez Guillen, que ha de considerarse en lo pertinente.

A fin de resolver sobre el referido recurso horizontal se considera: El artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos señala: *“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”*. Con respecto a la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el Consejo de la Judicatura, es necesario señalar que el solicitante no especifica en ninguna parte de su escrito el punto controvertido que no se ha resuelto, ni qué parte del fallo de mayoría es oscura, lo que más bien se evidencia el texto constante en su extenso escrito es la inconformidad con lo resuelto en el fallo, asimilándose su exposición a un alegato en defensa de sus intereses y en la que se refiere al yerro de falta de motivación alegado en su recurso de casación señalando que este nada tiene que ver con la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, corresponde precisar que este Tribunal de Casación en el numeral 2.3. de su sentencia de 3 de junio de 2020 ha evidenciado que: *“(V4) el recurrente aduce la existencia del vicio de falta de aplicación de los artículos 82 de la Constitución de la República, 275 de la Ley de*

Seguridad Social y 158 literal g) del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, no obstante ha propuesto su recurso fundamentándose en el vicio de falta de motivación, lo que evidencia que el recurrente ha tratado de conjugar o de agrupar el caso dos en virtud del cual ha propuesto su recurso, con el caso cinco del artículo 268 del COGEP referido a la falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, debiendo señalarse sobre el particular que los vicios y las causales previstas en el artículo 268 del COGEP son distintos y autónomos, ya que provienen de circunstancias totalmente disimiles, por lo que resultan excluyentes entre sí; y en tal virtud, resulta improcedente que se pretenda conjugar o agrupar dichas causales y vicios. (1/4)º, por lo que las alegaciones del recurrente son ajenas a la naturaleza jurídica del recurso horizontal de aclaración y ampliación, sin que el peticionario haya hecho mención alguna a los fundamentos técnicos que habilitarían la aclaración y/o la ampliación de la sentencia emitido en la presente causa.

Dicho esto, se puede advertir que en la sentencia se ha resuelto con detalle y claridad todo lo que fue materia del recurso de casación, sin que amerite aclarar o ampliar ningún punto del fallo; en consecuencia, resulta improcedente que mediante un recurso horizontal se pretenda modificar o alterar dicho fallo, pues aquello está expresamente prohibido por la ley.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el Consejo de la Judicatura.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

ORTEGA CARDENAS FERNANDO
CONJUEZ NACIONAL

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

125136981-DFE

Juicio No. 17811-2017-00816

Resolucion No 218-2020

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 3 de junio del 2020, las 09h23. **VISTOS:** 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 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** el 19 de diciembre de 2019, a las 11h12, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Pablo Tinajero Delgado, así como por la abogada Cynthia Guerrero Mosquera en calidad de jueza ponente **c)** La doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y 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, el doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual fue asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **d)** En el día de la audiencia de casación los Jueces Iván Larco Ortuño y Álvaro Ojeda Hidalgo conformaron mayoría para la resolución adoptada, motivo por el cual el doctor Iván Larco Ortuño pasó a ser el nuevo Juez ponente. **e)** Somos competentes para resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1- En sentencia dictada el 14 de marzo de 2019, el Tribunal Distrital de lo contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2018-00816 deducido por Luis Estuardo Braganza Verdezoto en contra del Rector y de la Analista de Nómina de la Dirección Financiera de la Universidad Técnica del Norte, y en contra del Procurador General del Estado, se resolvió aceptar parcialmente la demanda

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
PATRICIO ADOLFO
SECAIRA DURANGO
C-BOGOTÓ
C-QUITO
0101896239
0200419075

presentada y en consecuencia se declaró la nulidad del Oficio No. 191-R de 5 de abril de 2017, disponiendo a la Universidad Técnica del Norte el pago de USD \$4.279,21 dólares, más intereses, valor que corresponde a las pensiones jubilares complementarias retenidas desde el mes de enero del año 2015.

1.2.- El Rector en su calidad de representante legal de la Universidad Técnica del Norte y la Analista de Nómina de la Dirección Financiera, interpusieron recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en el caso 5 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 2 de mayo de 2019 el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso.

1.4.- Con auto de sustanciación de miércoles 18 de diciembre de 2019, se convocó a audiencia de casación para el día jueves 30 de enero de 2020, las 10h30.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el Actor acompañado de sus defensores técnicos, así como la parte demandada que también es la recurrente, la Universidad Técnica del Norte, mediante sus procuradores judiciales debidamente acreditados, partes que expusieron sus argumentos en base a la causal admitida a trámite. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, la misma que fue adoptada por mayoría, 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 14 de marzo de 2019 dentro del juicio No. 17811-2017-00816, adolece del error previsto en el numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos esto es, errónea interpretación de la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, mismo que ha sido acusado por el recurrente; y, de comprobarse dicho error, se dictará la sentencia en mérito que en derecho corresponda.

2.3.-Respecto al caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

La casual quinta motivo del presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: *“5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

El recurrente aduce que en la sentencia recurrida ha existido *“errónea interpretación”* de la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior. Al respecto se debe mencionar que el vicio de errónea interpretación se presenta cuando el juzgador ha aplicado la norma que correspondía al caso, pero le ha otorgado un alcance o sentido distinto al previsto por el legislador. *“Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo”* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia).

La norma que ha sido acusada de errónea interpretación dispone: *“Los miembros del personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas, que tuvieren al menos treinta años de servicio, de los cuales al menos veinte se hayan dedicado a la docencia en educación superior, y que se jubilaran hasta el 31 de diciembre de 2014, tendrán el derecho a recibir la pensión complementaria establecida en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior. (¼) El valor de esta pensión complementaria será la diferencia entre la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico y el valor que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le otorgue por pensión de jubilación. En ningún caso esta pensión podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS, La sumatoria de estas dos pensiones no podrá ser superior a la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico.(¼)”*.

A la par, el recurrente aduce que *“la controversia surge debido a que la pensión jubilar del IESS (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) aumenta cada año”* y que *“la Universidad Técnica del Norte ha ido graduando anualmente la pensión complementaria”* es decir, la controversia surge respecto a la graduación que hace la Universidad Técnica del Norte, debido a la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, ya que esta norma establece la forma como se calcula la pensión complementaria estableciendo un *“techo”* para ésta, lo que ocasiona que,

al aumentarse la pensión jubilar del IESS anualmente, la pensión complementaria disminuya.

Por su parte, el actor de la causa alega que la jubilación a la que accedió fue previa al 31 de diciembre de 2014, por lo que había adquirido el derecho de la pensión complementaria, misma que, una vez fijada ^a *debía permanecer de igual manera hasta el fin de sus días y no calcularse cada año*^o.

A fin de comprobar si el yerro acusado está o no presente en la sentencia recurrida, esta Sala Especializada verifica que en el considerando séptimo del referido fallo el Tribunal de instancia ha determinado lo siguiente: *“ a criterio del Tribunal la alegación de falta de motivación que realiza la parte actora, es procedente, toda vez que el acto administrativo impugnado, carece de fundamento legal al haber determinado sin sustento la no procedencia de la revocatoria de la reclamación administrativa de 16 de marzo de 2107, limitándose a transcribir la parte resolutive del fallo de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura de 6 de diciembre de 2016; además de que se inobserva lo previsto en la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, mencionando, de cuyo texto no consta expresamente que se deba realizar el cálculo cada año de la pensión complementaria, sino que la misma una vez fijada se mantiene inalterable, haciendo la entidad demandada interpretaciones extensivas , que no son procedentes, conforme el artículo 18 de Código Civil, que prevé que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Así, en el presenta caso no cabe duda sobre la aplicación de la fórmula de cálculo y los montos máximos de la pensión complementaria, la cual debe regirse por la Disposición Décima Tercera del reglamento citado, y que la misma fue aplicada en forma correcta en el año 2014 por la entidad demandada, y que posteriormente se inobservo la norma reglamentaria y procedió a realizar descuentos sin sustento legal alguno*^o.

Al respecto esta Sala considera que la norma sobre cual se recurre, es decir la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior , es plenamente pertinente al caso en cuestión, debido a que como se puede evidenciar de la sola lectura de la norma, la misma establece la forma de calcular la pensión complementaria atándola inequívocamente a la pensión jubilar del IESS, tal es así que la misma norma dispone que *“ ningún caso esta pensión podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS*^o, evidenciándose claramente que la pensión complementaria está íntimamente vinculada a la pensión del IESS, ya que ésta última es la que marca su techo máximo. En tal virtud, si la pensión por jubilación otorgada por el IESS se incrementa (como usualmente sucede de forma anual), es lógico que la pensión complementaria disminuya, pues de proceder en sentido contrario, se estaría rebasando el techo máximo, con lo cual habría una violación a la referida norma. De esta

manera queda evidenciada la errónea interpretación que el Tribunal de instancia ha hecho de la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior al otorgarle un alcance distinto al previsto por el legislador, ya que en su interpretación hay una insuficiencia de juicio al considerar que la pensión fijada en el año 2014 al señor Luis Estuardo Braganza Verdesoto debe permanecer inalterable, pues considera que al momento de la fijación de la pensión jubilar no se excedía el límite previsto en la norma, y que por ese motivo, no cabe la revisión del monto. Lo que ha omitido considerar el Tribunal de instancia al momento de interpretar la norma es que el límite máximo establecido en la norma no puede ser violado en el tiempo; es decir, en ningún momento la pensión complementaria puede sobrepasar el monto de la pensión que otorga el IESS, y si consideramos que la pensión del IESS es variable en el tiempo, la conclusión lógica es que la pensión complementaria también debe variar, para lo cual el IESS debe realizar el correspondiente cálculo de forma anual.

III.- 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 propuesto la Universidad Técnica del Norte; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada el 14 marzo de 2019 dentro del juicio No. 17811-2017-00816. En aplicación del artículo 273 del COGEP, esta Sala Especializada rechaza la demanda propuesta por el señor Luis Estuardo Braganza Verdesoto. 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. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL (E), SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 3 de junio del 2020, las 09h23. **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, 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 sorteo pertinente, el presente proceso, signado con el No. **17811-2017-00816**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia de la Jueza Nacional doctora Cynthia Guerrero Mosquera; **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 Conjueces 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; Conjueces que 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 Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia el jueves 14 de marzo de 2019, dentro de esta causa signada con el No. **17811-2017-00816**, proceso promovido por el ciudadano Luis Estuardo Braganza Verdezoto, en contra de la Universidad Técnica del Norte y Procurador General del Estado, sentencia en la cual se ha decidido: ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta parcialmente la demanda presentada por el señor LUIS ESTUARDO BRAGANZA VERDEZOTO, y en consecuencia declara la nulidad del Oficio No. 191-R, de 5 de abril de 2017, mediante el cual se resolvió el Recurso de Reposición interpuesto, y en consecuencia, se ordena a la Universidad Técnica del Norte el pago de USD \$ 4.279,91 dólares, más intereses, valor que corresponde a las pensiones jubilares complementarias retenidas desde el mes de enero del año 2015, conforme el valor fijado por pensión complementaria en el año 2014, la cual se mantiene inalterable°.

2.2 El Tribunal de instancia en auto de 22 de marzo de 2019 negó el recurso horizontal de aclaración propuesto por la parte demandada.

2.3 La parte demandada del juicio de instancia, Universidad Técnica del Norte, interpone recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundado en la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación de la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera Docente y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que ^a regula la forma en cómo se debe calcular la jubilación complementaria..°.

2.4 El Tribunal de instancia en auto de 9 de abril de 2019, calificó el recurso interpuesto; en tanto que, el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 2 de mayo de 2019, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto, en lo relacionado a la causal invocada.

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 hayan 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 JUEZ DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó que: Se ha justificado que el accionante tiene la calidad de jubilado de la Universidad Técnica del Norte, entidad que fijó la suma de \$266,62 por concepto de jubilación complementaria por el mes de diciembre de 2014; que, posteriormente, en el mes de enero de 2015, ese valor disminuye a \$183,12, el cual para enero de 2016, decrece a \$112,07 y, para enero de 2017, disminuye a la suma de \$63,29.

Que el derecho a la pensión jubilar complementaria, ha sido establecido mediante Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, publicado en Registro Oficial 380 de 3 de diciembre de 1953, derecho dirigido a los profesores universitarios, jubilados por la Caja de Pensiones, a quienes corresponde una pensión auxiliar con cargo al presupuesto de la respectiva Universidad, cuyo valor se establece como la diferencia entre el último sueldo mensual que haya recibido el profesor y la pensión jubilar que reciba de la Caja de Pensiones. Que la disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece que los fondos de pensión complementaria continuarán generándose, en los términos del Decreto antes señalado. Que, la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera Docente y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, regula la forma en cómo se debe calcular la jubilación complementaria, señalando que: ^a ¼ Para el cálculo de la pensión complementaria establecida en la disposición transitoria décima novena de la Ley Orgánica de Educación Superior no se considerará la o las bonificaciones funcionales o remuneraciones por cargos administrativos ni de autoridades que hubiere desempeñado el miembro del personal académico titular. El valor de esta pensión complementaria será la diferencia entre la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico y el valor que el Instituto

Ecuatoriano de Seguridad Social le otorgue por pensión de jubilación. En ningún caso esta pensión podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS. La sumatoria de estas dos pensiones no podrá ser superior a la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico. Las universidades y escuelas politécnicas públicas pagarán los montos correspondientes a la compensación por jubilación voluntaria u obligatoria, así como por pensión complementaria, calculados de conformidad con este Reglamento, al personal académico que se haya acogido a dichos beneficios desde la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior hasta la expedición de este Reglamento y que no haya recibido los pagos correspondientes por esos conceptos°.

^aEn tal virtud, no es un hecho controvertido que por efecto de lo dispuesto en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en su Disposición Transitoria Décimo Tercera, la Universidad Técnica del Norte, procedió a cancelar la pensión complementaria al hoy actor, de acuerdo a la norma reglamentaria mencionada, desde el mes de diciembre de 2014, estableciendo un valor de USD \$ 266.62° (¼) En base de lo expuesto, a criterio del Tribunal la alegación de falta de motivación que realiza la parte actora, es procedente, toda vez que el acto administrativo impugnado, carece de fundamento legal al haber determinado sin sustento la no procedencia de la revocatoria de la reclamación administrativa de 16 de marzo de 2017, limitándose a transcribir la parte resolutive del fallo de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura de 6 de diciembre de 2016; además de que se inobserva lo previsto en la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, mencionando, de cuyo texto no consta expresamente que se deba realizar el cálculo cada año de la pensión complementaria, sino que la misma una vez fijada se mantiene inalterable, haciendo la entidad demandada interpretaciones extensivas, que no son procedentes, conforme el artículo 18 del Código Civil, que prevé que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Así, en el presente caso no cabe duda sobre la aplicación de la fórmula de cálculo y montos máximos de la pensión complementaria, la cual debe regirse por la Disposición Décimo Tercera del Reglamento citado, y que la misma fue aplicada en forma correcta en el año 2014 por la entidad demandada, y que posteriormente se inobservó la norma reglamentaria y procedió a realizar descuentos sin sustento legal alguno.- Por tanto, de acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia de derechos de los trabajadores, el Tribunal concluye que el acto administrativo impugnado, no se encuentra motivado, al no contener las razones fácticas y jurídicas por las cuales se negó al actor su petición de suspender las retenciones realizadas a partir de enero de 2015, y en tal circunstancia, es procedente declarar la nulidad del mismo, por no sujetarse en forma adecuada a la normativa pertinente°. Razones que sirven de sustento para que en la parte resolutive se acepte parcialmente la

demanda; se declare la nulidad del acto administrativo recurrido y se ordene el pago al actor de la suma allí establecida, más intereses de ley; estableciendo asimismo que el valor fijado como pensión complementaria en el año 2014 se mantiene inalterable.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO: El casacionista, al interponer su recurso, lo hace basándose en la causal quinta del artículo 268 del COGEP, alegando la existencia del vicio de errónea interpretación de la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; que regula la forma en cómo debe calcularse la jubilación complementaria.; es decir, si aquella corresponde a la diferencia entre la ^a remuneración promedio de los tres últimos años del accionante y el valor que fija el IESS como pensión jubilar, significa que el cálculo tal y como se efectuó en el año 2014 resulta de considerar^o los elementos descritos, dando como resultado la suma de \$266,62; sin embargo, conforme se aumentaba anualmente la pensión del IESS la Universidad, para no sobrepasar el techo de la norma fue graduando el valor de la pensión, para no superar la pensión del IESS; por lo que el contenido de la sentencia es una variación al contenido del inciso tercero de la norma que se cita, haciendo una interpretación errónea de la norma, que determina que la pensión complementaria no puede superar la pensión jubilar fijada por el IESS.

8.- ANÁLISIS SOBRE LA CAUSAL INVOCADA Y LA PROCEDENCIA DEL RECURSO: El recurso de casación formulado en la especie, ha sido admitido en lo relacionado a la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; la cual dispone como causal, la potencial existencia de los vicios de: 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 recurrida.

La causal, refiere con claridad la potencial violación directa de normas de derechos sustantivo; situación que obliga a determinar en primer lugar si la norma jurídica denunciada como infringida efectivamente es de aquellas a las que la causal refiere; esto es, de orden sustantivo. La norma sustantiva es aquella que establece derechos y obligaciones por ello es que la doctrina más aceptada la estima también como norma material, ya que establece el derecho, la prerrogativa o la obligación jurídica; en tanto que la norma adjetiva, es aquella que procedimenta los mecanismos para que el derecho material se haga efectivo; por ello se la conoce también como norma jurídica instrumental, la cual, precisamente, encamina o regla la manera en que ha de actuarse para la efectividad del derecho sustantivo.

Ahora bien, la Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera Docente y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que se denuncia como

infringida en el recurso de casación, no crea derecho alguno, sino que instrumenta la forma de cálculo de la jubilación complementaria a la que tienen derecho los profesores universitarios; derecho sustantivo que está predeterminado en el Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, publicado en Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, que tiene como sujetos del mismo, a los profesores universitarios, que hayan obtenido la jubilación ordinaria de la Caja de Pensiones, la cual se transformó luego en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para quienes se reconoce una pensión auxiliar con cargo al presupuesto de la respectiva Universidad, cuyo valor se establece como la diferencia entre el último sueldo mensual que haya recibido el profesor y la pensión jubilar que reciba de la Caja de Pensiones; derecho que además posteriormente fue ratificado en la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establece que los fondos de pensión complementaria continuarán generándose, en los términos del Decreto antes señalado.

En efecto la Disposición Transitoria Décimo Tercera del mencionado Reglamento señala que: ^a¼ Para el cálculo de la pensión complementaria establecida en la disposición transitoria décima novena de la Ley Orgánica de Educación Superior no se considerará la o las bonificaciones funcionales o remuneraciones por cargos administrativos ni de autoridades que hubiere desempeñado el miembro del personal académico titular. El valor de esta pensión complementaria será la diferencia entre la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico y el valor que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le otorgue por pensión de jubilación. En ningún caso esta pensión podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS. La sumatoria de estas dos pensiones no podrá ser superior a la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico. Las universidades y escuelas politécnicas públicas pagarán los montos correspondientes a la compensación por jubilación voluntaria u obligatoria, así como por pensión complementaria, calculados de conformidad con este Reglamento, al personal académico que se haya acogido a dichos beneficios desde la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior hasta la expedición de este Reglamento y que no haya recibido los pagos correspondientes por esos conceptos°.

Texto del cual se infiere con claridad que la norma reglamentaria cuya errónea interpretación, según el recurrente, viciaría la sentencia recurrida, es una norma adjetiva, procedimental o instrumental, en razón de lo cual, el casacionista no podía usar la causal quinta del artículo 268 del COGEP para denunciar la potencial existencia de un vicio en la sentencia que reprocha, la cual de modo claro solo permite que la acusación del vicio se refiera solo a normas de orden sustantivo o precedentes jurisprudenciales obligatorios; razones por las cuales no cabe o no es pertinente el recurso de casación interpuesto.

9.- RESOLUCIÓN: Sin que sea necesarias otras consideraciones, 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por la Universidad Técnica del Norte, por haberlo sustentado en infracciones de norma procedimental, impropia de la causal a la que se acogió el recurso; por tanto, **NO CASA** la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito el 14 de marzo de 2019 y del auto de 22 de marzo de 2019. **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

125155152-DFE

Juicio No. 17811-2018-00262

Resolución No 220-2020**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, jueves 4 de junio del 2020, las 08h53. **VISTOS:** 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 Ne4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y 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, el doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual deberá ser asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **c)** el 20 de diciembre de 2019, a las 16h23, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en calidad de Juez Ponente, doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y doctor Patricio Secaira Durango; **d)** el 3 de febrero de 2020 el doctor Patricio Secaira Durango, Juez Nacional Encargado, presentó formal excusa para el conocimiento y resolución de la presente causa, de conformidad con el artículo 22 numeral 8 del Código Orgánico General de Procesos; **e)** El doctor Iván Larco Ortuño, Juez Nacional Encargado, aceptó la referida excusa; y, el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, resolvió no aceptar la excusa presentada; **f)** Por no existir acuerdo respecto a la excusa presentada, se llamó al doctor Javier Cordero López, Conjuez Nacional, previo sorteo de ley, quien resolvió no aceptar la excusa presentada; motivo por el cual se dispuso que el doctor Patricio Secaira Durango, Juez Nacional Encargado, continúe en el conocimiento de la presente causa; **g)** Somos competentes para conocer y resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); **h)** en atención a la solicitud del doctor Raúl Chimarro Lamar, se dispone que por secretaría se confiera la copia íntegra de la grabación del audio de la audiencia desarrollada el día 03 de marzo de 2020, a las 10h00, para lo cual el peticionario facilitará el CD en el cual ésta se reproducirá; y conforme al artículo 83

del Código Orgánico General de Procesos, se previene al solicitante de la responsabilidad por el manejo abusivo de la información; i) Encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera: y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Mediante sentencia de mayoría 19 de marzo de 2019, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2018-00262 deducido por el doctor Raúl Ernesto Chimarro Lamar en contra del Consejo de la Judicatura, resolvieron: *“ (1/4) se acepta la demanda y se declara la nulidad del acto administrativo impugnado al existir falta de motivación; y consecuentemente, al tenor de lo prescrito en el artículo 23 literal h) de la Ley Orgánica de Servicio Público, se dispone la restitución del actor, Raúl Ernesto Chimarro Lamar al cargo de Fiscal de Adolescentes Infractores de Orellana y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde su destitución, con los descuentos que por ley correspondan. (1/4)°.*

1.2.- El delegado del Director General del Consejo de la Judicatura, con escrito presentado el 22 de abril de 2019, interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia de mayoría, con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.3.- Con auto de 15 de agosto de 2019, el Conjuerz de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación, esto es, por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación de los artículos 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, 580, 590, 591 del Código Orgánico Integral Penal; y, por falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7 literal a), 233 de la Constitución de la República, 104, 114, 116, 117 y 264 Código Orgánico de la Función Judicial, y 33 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

1.4.- Mediante auto de sustanciación de 17 de enero de 2020, las 09h37, el Juez Nacional Ponente convocó a las partes para el día 3 de marzo de 2020, a las 10h00, a fin de que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron el recurrente, Consejo de la Judicatura, a través del procurador del Director General del Consejo de la Judicatura debidamente acreditado, quién fundamentó su recurso en base al caso admitido a trámite, y compareció también el demandado acompañado de su defensa técnica, los doctores Guido Escobar Pérez y Oscar Castillo Pérez. En atención a la solicitud de revocatoria del auto con el que se negó la excusa presentada por el doctor Patricio Secaira Durango, revocatoria ésta

que fue presentada por el del doctor Raúl Chimarro Lamar a través de sus abogados, esta Sala Especializada rechaza dicho pedido por las siguientes consideraciones 1. El incidente de excusa ha sido ya resuelto debidamente en la presente causa y ha sido notificado a las partes. 2. La Resolución No. 8-2018 del Pleno del Consejo de la Judicatura prohíbe al peticionario insistir sobre el tema de excusa que ya ha sido resuelto; y, finalmente, se debe mencionar que la excusa es un incidente que se genera y resuelve al interior de la Sala Especializada, por lo que resulta improcedente que una de las partes procesales solicite su revocatoria. Luego de escuchar los argumentos de las partes esta Sala Especializada pronunció su resolución oral, la cual se adoptó por voto de mayoría, mediante la cual se aceptó el recurso interpuesto por el Consejo de la Judicatura, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita 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 de mayoría expedida el 19 de marzo de 2019, por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 17811-2018-00262, adolece del vicio acusado por el recurrente, esto es, con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP, errónea interpretación y falta de aplicación de determinadas normas de derecho sustantivo. De comprobarse el yerro en la sentencia de mayoría recurrida, se emitirá el fallo de mérito que corresponda.

2.3.- Respecto al caso cinco del artículo 268 del COGEP.- Se refiere a errores o vicios *in judicando*, esto es, cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se atribuye a una de derecho un significado equivocado, (Gaceta Judicial S XVI No. 2, páginas 340 y 356). Además esta causal protege la ley sustantiva “(1/4) se anota que dicha causal contiene el vicio de violación de la ley sustantiva, que puede configurarse como su inaplicación, su indebida aplicación o su errónea interpretación. La doctrina señala que la violación de la ley se presenta cuando el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de la norma jurídica en vigor, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente (Calamandrei), o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta de la que corresponde. La violación puede ser, entonces, atinente a la ley como norma jurídica de carácter abstracto en cuanto a su existencia o contenido, o

bien puede referirse al juicio individual relativo al caso concreto, por aplicación incorrecta del precepto a los hechos establecidos. En el primer caso, se trata de una errónea inteligencia de la ley, en el segundo, de una errónea apreciación jurídica del caso resuelto° (Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1968, P. 103). Registro Oficial No. 27 de 29 de febrero de 2000).

2.3.1.- Sobre la falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7 literal a), 233 de la Constitución de la República, 104, 114, 116, 117, 264 del Código Orgánico de la Función Judicial y 33 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, por el caso cinco del artículo 268 del COGEP.- Al fundamentar el recurso por este vicio el recurrente ha señalado: <<(¼) En el presente caso, se puede verificar que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, no actuó en derecho ni basó su decisión en las normas jurídicas pertinentes (¼)En el presente caso, se inició el sumario disciplinario instaurado contra el señor Raúl Ernesto Chimarro Lamar por presumir el cometimiento de la falta disciplinaria prevista en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial y fue por estos hechos sobre los cuales el hoy actor realizó su defensa ante la Dirección Provincial. (¼) el sumariado fue notificado con el auto de inicio en el que se estableció el hecho por el que se inició el mismo y se le indicó que debe pronunciarse al respecto señalando las pruebas de cargo que considere pertinentes, es decir ejerce su derecho a la defensa sobre la conducta referida en el numeral 7 del artículo 109. En tal virtud señores Jueces, conforme se puede verificar, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en (sic) Distrito Metropolitano de Quito no actuó en apego a Derecho ni basó su decisión en las normas jurídicas respectivas, pues de hacerlo, hubiese llegado a la conclusión categórica que el hoy actor cometió la falta disciplinaria de manifiesta negligencia, la misma que es sancionada con destitución, sanción que fue aplicada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, órgano que virtud del artículo 264, numeral 14, tiene la potestad de imponer sanciones disciplinarias de destitución a las servidoras y servidores judiciales. Las normas constitucionales y legales que también debieron ser aplicadas en la sentencia recurrida, son las siguientes: El artículo 233 de la Constitución de la República establece que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones; en concordancia con el artículo 104 del Código Orgánico de la Función Judicial que determina: “Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar¼°. Las normas constitucional y legal (sic) referidas, son muy claras al determinar que ningún servidor

estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones; sin embargo, el Tribunal no aplicó dichas disposiciones en la sentencia recurrida (1/4) El Tribunal muy acertadamente sostiene que el informe motivado emitido por la Directora Provincial no es vinculante, por este mismo hecho, cuando este documento en el cual se recomendaba la sanción de suspensión (cuando el sumario fue iniciado por manifiesta negligencia) llegó a manos del Director General del Consejo de la Judicatura, este (sic) consideró que la sanción que debía aplicarse es la de destitución y al no ser competente para aplicar esta sanción remitió todo el expediente al Pleno del Consejo de la Judicatura a fin de que sea este órgano el que resuelva y decida si es que efectivamente hubo alguna infracción. (1/4)>>.

Sobre la fundamentación del recurso de casación el doctor José Santiago Núñez Aristimuño señala: *“ (1/4) La fundamentación es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. - Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa, y al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones denunciadas, no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal: es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción”.* (José S. Núñez Aristimuño, Aspectos en la técnica de la formalización del recurso de casación, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1990, p. 38).

Del análisis hecho a la fundamentación del recurso se ha constatado que el recurrente ha citado normas que hacen referencia a la potestad del Consejo de la Judicatura para imponer sanciones disciplinarias, aspecto éste que no fue parte del asunto controvertido. El casacionista también cita las normas referentes a la responsabilidad administrativa de los servidores judiciales en el ejercicio de sus funciones, aspecto éste que tampoco fue parte de la materia controvertida, por lo que el recurrente no ha logrado demostrar la trascendencia de su aplicación al caso concreto, toda vez que no ha explicado de qué manera la sentencia de mayoría hubiera sido diferente si se las hubiera aplicado. Es necesario señalar también que el recurrente ha afirmado la existencia de contradicciones en la sentencia de mayoría impugnada, no obstante, ha propuesto su recurso de casación por el caso 5 del artículo 268 del COGEP, lo que evidencia que el recurrente confunde el caso 5 en virtud del cual ha propuesto su recurso, con el caso 2 referido a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en la sentencia, mismos que responden a una naturaleza jurídica distinta y no deben confundirse. En efecto, las causales previstas en el artículo 268 del COGEP son autónomas e

independientes, ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí, de tal manera que resulta improcedente que el recurrente alegue vicios que está previstos en otra causal, distinta a la que sirvió de fundamento para este recurso. Se evidencia también que el recurrente ha hecho referencia en su fundamentación a aspectos netamente procesales en la sustanciación del sumario disciplinario y para el efecto ha señalado la falta de aplicación de los artículos 114, 116, 117 del Código Orgánico de la Función Judicial y 33 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, normas éstas que son de carácter netamente procesales y que solamente podían ser invocadas al amparo del caso 1 del artículo 268 del COGEP, y no al amparo del caso 5 que se refiere de forma exclusiva a normas de derecho sustantivo. De igual manera, sobre la falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución de la República, el recurrente se ha limitado a señalar que en el inicio del sumario administrativo se expusieron los motivos de su instauración para no infringir esta norma constitucional, no obstante, no ha formulado argumento adicional alguno que permita verificar la existencia del yerro propuesto. En lo que respecta a la falta de aplicación de los 233 de la Constitución de la República y 104 del Código Orgánico de la Función Judicial, si bien el recurrente enuncia estas normas, ha omitido señalar cual es la trascendencia de su aplicación y cómo éstas han incidido en forma determinante en la sentencia de mayoría impugnada, sin que la mera enunciación de las normas demuestre la existencia del yerro alegado, motivos por los cuales se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.3.2.- Sobre la errónea interpretación de los artículos 580, 590, 591 del Código Orgánico Integral Penal.- El recurrente en su recurso de casación sostiene: *“(1/4) el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, Provincia de Pichincha, interpretó erróneamente los artículos 580, 590 y 591 del Código Orgánico Integral Penal (1/4) determinó que el señor Raúl Ernesto Chimarro Lamar, no era responsable de la falta gravísima, de manifiesta negligencia, en virtud de que la desidia con la que se llevó la causa que ocasionó su prescripción, no fue responsabilidad suya. (1/4) el único culpable de la prescripción del delito de violación en cuestión, fue el señor Raúl Ernesto Chimarro Lama, ya que en virtud de la calidad que ostentaba como Fiscal y por lo tanto titular de la acción pública, abandonó el proceso. (1/4)°.*

En cuanto al vicio de errónea interpretación que es acusado por el recurrente, es necesario recordar que éste se presenta cuando el juzgador ha aplicado la norma que correspondía al caso, pero le ha otorgado un alcance o sentido distinto al previsto por el legislador. *ª Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y*

alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo° (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia). Entonces, el primer requisito para la procedibilidad de esta causal, es que el juzgador efectivamente haya aplicado la norma que se considera infringida, para solo entonces pasar a demostrar la errónea interpretación. En el caso *sub examine*, se verifica que el Tribunal de instancia en su sentencia de mayoría no analiza ni considera los artículos 580, 590 y 591 del Código Orgánico Integral Penal, es más, ni siquiera los menciona, por lo que esta Sala Especializada está imposibilitada de conocer cuál es la interpretación que el Tribunal de instancia ha dado a las referida normas, más aún si los recurrentes en ningún momento han explicado cuál es la correcta interpretación que se debía dar a dichas normas. Adicionalmente se debe mencionar que la *ratio decidendi* de la sentencia de mayoría recurrida tiene que ver con el cometimiento o no de una infracción disciplinaria por parte del servidor sumariado, más sin embargo el casacionista cita como infringidas las normas del COIP que establecen las finalidades de la fase de indagación previa y de la fase de instrucción, sin que se pueda comprender cuál es la relación de dichas normas con la *ratio decidendi* y cuál es la trascendencia del vicio acusado, motivos por los cuales se desecha el recurso por este extremo.

2.3.3.- Respecto a la errónea interpretación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.- Al fundamentar el recurso por este vicio el recurrente señala: *“(1/4) El Tribunal Distrital (1/4) determinó que el señor Raúl Ernesto Chimarro Lamar, no era responsable de la falta gravísima, de manifiesta negligencia, en virtud de que la desidia con la que se llevó la causa que ocasionó su prescripción, no fue responsabilidad suya. Señores Jueces, de las normas transcritas, se pueden establecer que el único culpable de la prescripción del delito de violación en cuestión, fue el señor Raúl Ernesto Chimarro Lamar, ya que en virtud de la calidad que ostentaba como Fiscal y por lo tanto titular de la acción pública, abandonó el proceso. Es así que el hoy actor, realizó un impulso fiscal el 12 de diciembre de 2013, abandonando la causa por diecinueve meses, hasta su siguiente impulso fiscal de 17 de julio de 2015, después del cual, el 9 de diciembre de 2015 solicitó al Juez de Garantías Penales, que se señale día y hora a fin de que lleve a efecto la audiencia de formulación de cargos; pedido que fue atendido por el juez señaló la respectiva audiencia para los días posteriores. Es así, que el juez señaló la audiencia a pedido del Fiscal, en virtud de que este es quien tenía la potestad para solicitar esta diligencia, la misma que interrumpe la prescripción, pero lastimosamente fue solicitada muy tarde por Fiscalía, por lo que el delito ya se encontraba prescrito. (1/4) el hoy actor no realizó ninguna actuación por el lapso de **DIECINUEVE (19) MESES**, dentro de la etapa de investigación previa, etapa pre-procesal en la cual el único órgano que interviene es la Fiscalía General del Estado. Una vez que el fiscal decide formular cargos, tiene que solicitar al juez a fin de que este señale día y hora para que se realice la*

audiencia de formulación de cargos. En este caso en cuestión, apenas se solicitó al juez día y hora para la respectiva audiencia, este proveyó enseguida; por lo que no se puede culpar a los jueces que el proceso haya sido declarado prescrito, en virtud de que esta prescripción ya ocurrió en la etapa pre procesal, antes de que la causa llegue al conocimiento de algún juez. (1/4)°.

El artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, que es acusado como infringido, señala: *“A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: (1/4) 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable. (1/4)°.* Corresponde entonces analizar lo dicho por el Tribunal de instancia en la sentencia de mayoría recurrida, y al respecto se verifica que en la parte considerativa consta lo siguiente: *<<(1/4) Al hablar de la “manifiesta negligencia”, la calidad de esta infracción, por su trascendencia, toda vez que el efecto es la destitución del funcionario judicial; requiere una revisión minuciosa y rigurosa, en el orden jurídico, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado o indefinido; por cuanto la ley no lo determina o conceptualiza, más aún que, quien impone la sanción es un órgano no jurisdiccional. (1/4) la manifiesta negligencia, única y exclusivamente, tiene como sujeto activo: al juez, al fiscal o al defensor público. Aspecto que en el presente caso se cumple ya que el sujeto activo de la infracción es quien actuó como Fiscal. (1/4) En cuanto al verbo rector del tipo de sancionador del artículo 109, numeral 7, del COFJ vemos que existen dos: intervenir y actuar. La determinación del verbo rector permitirá establecer si la infracción es de acción o de omisión. Así vemos, que la norma indica que el sujeto activo debe intervenir, en una de las tres calidades (juez, fiscal o defensor público), produciendo una actuación jurisdiccional con manifiesta negligencia(1/4) la manifiesta negligencia debe configurarse cuando el sujeto activo de la infracción ha actuado, en este caso, en su calidad de fiscal con una negligencia grave que demuestre indefectiblemente un daño grave a una de las partes procesales o al Estado, por una acción tan desatinada y de evidente gravedad por su actuación en relación a su formación profesional que le hizo tomar un camino hermenéutico interpretativo inexistente. (1/4) se puede evidenciar que los elementos del tipo indeterminado denominado “manifiesta negligencia” no han sido configurados y menos subsumidos por el ente administrativo sancionador: al no haber, primero, valorado correctamente la prueba para determinar el tipo infraccional y segundo porque no se ha demostrado el daño ni a las partes procesales, peor al Estado. En otras palabras, se ha faltado al requisito fundamental de la motivación cuya ausencia determina la nulidad del acto administrativo por principio constitucional. (1/4) Otro aspecto que abona a la falta de motivación de la resolución, sobre todo afecta al principio de legalidad, se deriva del hecho que la Sala de la Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia jamás en su resolución habló o determinó que existía manifiesta negligencia en la actuación del fiscal; sino que lo calificó de “inercia judicial” (1/4) la Corte*

Nacional de Justicia solicitaba una investigación sobre la "inercia judicial", lo que significa en buen romance, investigar sobre todas las actuaciones judiciales que fueron objeto de la desidia para permitir la prescripción y consecuente afectación a la tutela judicial efectiva. Pero esta, desidia o negligencia no solo corresponde al fiscal sino también a los jueces, y con mayor razón a estos últimos, pues se ha calificado de "inercia judicial" y no "inercia fiscal". Esto hace ver que el órgano administrativo sancionador se extralimitó discrecionalmente para determinar el sujeto activo y además, como hemos señalado, calificar de manera diferente el tipo sancionador establecido por la Corte Nacional de Justicia. (1/4) El sumario disciplinario si bien pudo seguir formalmente el procedimiento establecido (1/4) fue ilegal por abuso de poder de la autoridad administrativa al cambiar la figura determinada por la autoridad jurisdiccional de "inercia judicial" a "manifiesta negligencia" que no era el tipo sancionatorio estableciendo en la vía jurisdiccional por el máximo órgano de justicia ordinaria. (1/4) En esta resolución, se puede apreciar que el órgano disciplinario en su numeral 4º habla de la tipificación de la falta circunscribiéndose en el numeral 7º del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, sobre la única base de la providencia de apertura del sumario (1/4) En el numeral 6.3.13 transcribe como hecho probado la resolución emitida por la segunda Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en donde como se la transcribe, solamente en parte; pues no consta el numeral 2 de la resolución de Casación que, nuevamente la transcribiremos para dejar sentado de manera ineludible la tipificación original del órgano jurisdiccional que dice: "1/4 2. Que la inercia judicial debe ser investigada para lo que se remitirá copia certificada de lo actuado al Consejo de la Judicatura" (1/4) el Pleno del Consejo de la Judicatura ha realizado una interpretación extensiva de la tipificación realizada por el órgano jurisdiccional en una etapa netamente administrativa. (1/4) El Pleno del Consejo de la Judicatura, no hace análisis del origen de la falta tipificada por la Corte Nacional de Justicia y termina sancionando por una falta que no fue establecida sino por otra que, sin fundamento fáctico, determina el órgano administrativo sancionador; facultad que no tiene según los artículos 115, 130 numeral 6º y 131 numeral 3º del COFJ. El Consejo de la Judicatura tiene la facultad de sancionar la falta claramente determinada o tipificada, pero nunca debe atribuirse facultades interpretativas de la falta y menos de orden jurisdiccional. (1/4)>>. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia de 12 de octubre de 2016 emitida dentro del recurso de casación No. 277-2016, señaló: " (1/4) 2.5. Consta del expediente que el proceso se inició con la formulación de cargos que realizó la Fiscalía en audiencia de 22 de diciembre del 2015, y que según consta de la sentencia de segunda instancia, el ilícito que se persigue ocurrió el 1 de mayo del 2012; habiendo transcurrido más de cuatro años a la fecha de la expedición de a (sic) sentencia de segunda instancia; procesamiento iniciado en consecuencia que

el expediente ha sido puesto a despacho de este Tribunal de Casación el 3 de octubre del 2016, POR LO EXPUESTO, de oficio, se declara: 1.- La acción penal en la presente causa ha prescrito; quedando a salvo los derechos d (sic) la víctima. 2. Que la inercia judicial debe ser investigada para lo que se remitirá copia certificada de lo actuado al Consejo de la Judicatura°. El Tribunal de instancia acertadamente señala que la manifiesta negligencia, prevista como causal de destitución, ^aes un concepto jurídico indeterminado o indefinido; por cuanto la ley no lo determina o conceptualiza°, y sobre el particular el catedrático argentino Pedro Jorge Coviello, manifiesta que: <<(¼) Sabemos que en derecho penal la exigencia es estricta. Mas no ocurre lo mismo en este ámbito donde las situaciones en diversos campos de la actuación administrativa muestran cambios constantes (¼) Sobre este punto, se señaló que aunque el principio de tipicidad se conserve, “no mantiene su mismo rigor” en este campo, en atención a que no interesa tanto la estricta descripción formal de la infracción, como la concepción excluyente de lo que dará lugar a la incriminación. Por otra parte, CASSAGNE ha sostenido que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y abiertas, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos (¼)>>. (Jorge Coviello Pedro, ponencia ^aBase constitucional de la potestad sancionadora°, Derecho Administrativo en el siglo XXI, Adrus D&L Editores, Lima, 2013). En la especie, el Tribunal de instancia ha intentado conceptualizar la infracción disciplinaria de manifiesta negligencia centrando su análisis en el campo de la acción, pero no ha hecho análisis alguno respecto a la omisión, que involucra la inacción o inercia cuando se tiene la obligación jurídica de actuar, que es precisamente lo que sucedió en el presente caso. Pero más allá de eso, cabe poner atención al hecho de que el Tribunal de instancia llega a la conclusión de que la destitución resuelta por el Consejo de la Judicatura ^afue ilegal por abuso de poder de la autoridad administrativa al cambiar la figura determinada por la autoridad jurisdiccional de *inercia judicial* a *manifiesta negligencia* que no era el tipo sancionatorio establecido en la vía jurisdiccional por el máximo órgano de justicia ordinaria°; es decir, el Tribunal de instancia considera que el Consejo de la Judicatura se ha extralimitado en su capacidad al haber realizado una interpretación extensiva de la tipificación realizada por el órgano jurisdiccional. En efecto, el Tribunal de instancia se refiere a la sentencia emitida por la Segunda Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en la que se declaró la prescripción de la acción penal, y en la que los jueces de la Corte Nacional de Justicia manifiestan que ha existido una ^ainercia judicial° de parte del Fiscal que permitió dicha prescripción, frente a lo cual el Tribunal de instancia considera que el Consejo de la Judicatura estaba imposibilitado de

aplicar la sanción disciplinaria debido a que la referida ^ainercia judicial^o no está tipificada como infracción disciplinaria en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, añadiendo la sentencia de mayoría recurrida que la Corte Nacional se ha referido a la inercia ^ajudicial^o y no a la inercia ^afiscal^o, por lo que no cabía aplicar la sanción a un Fiscal, aseveraciones éstas que sin duda constituyen una errónea interpretación del verdadero alcance y sentido que el asambleísta quiso otorgar al artículo 109.7 del referido cuerpo normativo, verificándose así que el Tribunal de instancia ha realizado una exégesis equivocada de la norma que establece a la manifiesta negligencia como causal de destitución, pues sin duda dicha norma es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, ya que el Tribunal de instancia yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcance. La correcta interpretación que el Tribunal de instancia debía otorgar a este tema en su conjunto, es que la inercia mencionada por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia se refiere a aquel descuido o falta de cuidado que fue claramente palpable en la actuación del fiscal sumariado y que no necesitaba de mayor investigación para establecer que ha operado con total descuido al no haber impulsado la investigación que estaba bajo su responsabilidad por más de 19 meses, inacción ésta que demostraba total desidia, y que se separaba considerablemente de su obligación positiva consagrada en la norma que exige expresamente diligencia en el desempeño de su cargo, demostrando una absoluta falta de interés por parte del fiscal sumariado; y es precisamente ésta la figura de manifiesta negligencia prevista como causal de destitución en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, que acertadamente aplicó el Consejo de la Judicatura al haberse verificado en la sustanciación del sumario disciplinario que la inacción y desidia del Fiscal sumario permitió la prescripción de una causa penal en que se intentaba sancionar al responsable de la violación a una menor de edad. Si bien es cierto que la manifiesta negligencia es un término indefinido, no es menos cierto que el Tribunal de instancia estaba en la obligación de verificar si en la causa sometida a su decisión estaban o no presentes los elementos constitutivos de la manifiesta negligencia expresados en la doctrina y en la jurisprudencia, a saber: descuido en el cumplimiento de sus obligaciones, falta de cuidado fácilmente comprobable, desidia y desinterés, violación a la norma vigente que exige diligencia en el desempeño de su cargo, consecuencias graves producto de la inacción u omisión. Por otro lado, el Tribunal de instancia ha omitido analizar el hecho de que la manifiesta negligencia puede ser cometida por cualquiera de los sujetos activos calificados (juez, fiscal o defensor público), por lo que su calificación no responde a quién la ha cometido como erróneamente lo ha manifestado el Tribunal de instancia, al señalar que la Corte Nacional de Justicia en su sentencia ordenó se investigue la ^ainercia judicial^o y no de ^ainercia fiscal^o, sino que su calificación depende más bien de las consecuencias jurídicas producidas por esa inercia, y en el caso *in examine* el Agente Fiscal, con su desidia e inacción, permitió que quede en la impunidad un delito de connotación sexual cuya víctima era una menor de edad. También se debe señalar que el Tribunal

de instancia ha decidido poner énfasis en aquello de la ^a desidia judicial^o, insinuando de esta manera que la sanción se debía aplicar a los jueces y no al fiscal, olvidando el Tribunal de instancia que para la fecha en que el fiscal sumariado solicitó la realización de la audiencia de formulación de cargos, la acción de todas maneras ya había prescrito, por lo que no puede endilgarse al juez (que inmediatamente convocó a la mencionada audiencia) responsabilidad alguna respecto a la prescripción que operó mientras el proceso estaba bajo responsabilidad del fiscal sumariado. Respecto a la aseveración hecha por el Tribunal de instancia en el sentido de que la autoridad administrativa abusó del poder al cambiar la figura determinada por la autoridad jurisdiccional de ^a inercia judicial^o a ^a manifiesta negligencia^o, es preciso aclarar que en la sentencia emitida por la Segunda Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia se hace expresa y específica mención a la negligencia del fiscal a cargo del caso al disponer que se remita copia certificada de lo actuado al Consejo de la Judicatura, para lo cual la referida Sala cita expresamente los distintos impulsos procesales emitidos por el Fiscal Raúl Ernesto Chimarro Lamar, para en base a ello concluir los siguiente: *^a ¼ transcurriendo entre ambos decretos más de diecinueve meses aproximadamente (¼) incurriendo de esta forma en una presunta desidia en la tramitación de la causa, resultando una presunta negligencia^o.*

Al momento en que el Tribunal de instancia realiza la interpretación de la ^a desidia judicial^o y decide que el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial resulta inaplicable al caso del mencionado Fiscal, ha omitido considerar que en la sustanciación del sumario administrativo se comprobó la negligencia del fiscal sumariado toda vez que el delito que debía investigar fue presumiblemente cometido el 01 de mayo de 2012, mientras que la solicitud para la realización de la audiencia de formulación la dirigió el fiscal sumariado al juez de la causa el 09 de diciembre de 2015; es decir, transcurrieron más de tres años y medio para que recién ahí solicite al juez que decida la situación jurídica del imputado (violando el plazo de tres años previsto en el artículo 334 literal a) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia previo a las reformas de 07 de julio de 2014), lo cual es plenamente atribuible al Fiscal Raúl Ernesto Chimarro Lamar, no solamente por ser el titular de la acción penal durante el período analizado, sino porque en el proceso consta el impulso del mencionado fiscal de 12 de diciembre de 2013, sin que el fiscal encargado de la investigación haya realizado diligencia alguna por 19 meses, hasta su siguiente impulso fiscal de fecha 17 de julio de 2015, luego de lo cual, el 9 de diciembre de 2015 (5 meses después de su último impulso fiscal), solicitó al Juez de Garantías Penales que se señale día y hora a fin de que lleve a efecto la audiencia de formulación de cargos, incurriendo así en lo descrito en el artículo 315 del Código de la Niñez y Adolescencia que dispone que los fiscales de adolescentes infractores deben impulsar con celeridad las actuaciones judiciales, agregando que quienes retarden indebidamente el proceso seguido contra

un adolescente, serán sancionados en la forma prevista en la ley.

Corresponde referirnos a la siguiente afirmación hecha por el Tribunal de instancia: ^a (1/4) *se puede evidenciar que los elementos del tipo indeterminado denominado Ananifiesta negligencia no han sido configurados y menos subsumidos por el ente administrativo sancionador (1/4) porque no se ha demostrado el daño ni a las partes procesales, peor al Estado*^o. Al respecto se debe señalar que la inacción o desidia del Fiscal que fue debidamente comprobada no solamente provocó la prescripción de la acción penal, sino que además ocasionó que no se juzgue un grave delito presumiblemente cometido en contra de un adolescente, impidiéndose el análisis de la reparación integral de los derechos de la víctima; y, al ser este un delito de acción pública que afecta también a la sociedad en su conjunto; por lo que se acepta por este extremo el recurso de casación admitido.

III.- 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 Consejo de la Judicatura; y, en consecuencia, casa la sentencia de mayoría emitida el 19 de marzo de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. De conformidad con el artículo 273 numeral 3 del COGEP se rechaza la demanda interpuesta por el doctor Raúl Ernesto Chimarro Lamar y se ratifica la legalidad y legitimidad del acto administrativo impugnado. - Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas. - **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 (E), SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 4 de junio del 2020, las 08h53. **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 abogada 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. 17811-2018-00262, 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 Conjueces 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; Conjueces que avocamos conocimiento de la presente causa; la cual se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia de mayoría, dentro de esta causa signada con el No. 17811-2018-00262 el martes 19 de marzo de 2019, las 10h29, promovido por el señor RAÚL

ERNESTO CHIMARRO LAMAR, en contra del Consejo de la Judicatura y Procuraduría General del Estado, en la cual se ha resuelto: ^a (¼) El Pleno del Consejo de la Judicatura, no hace análisis del origen de la falta tipificada por la Corte Nacional de Justicia y termina sancionando por una falta que no fue establecida sino por otra que, sin fundamento fáctico, determina el órgano administrativo sancionador; facultad que no tiene según los artículos 115, 130 numeral 6^o y 131 numeral 3^o del COFJ. El Consejo de la Judicatura tiene la facultad de sancionar la falta claramente determinada o tipificada, pero nunca debe atribuirse facultades interpretativas de la falta y menos de orden jurisdiccional. VI.- Resolución: Por ser suficientes las consideraciones expuestas anteriormente, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA se acepta la demanda y se declara la nulidad del acto administrativo impugnado (¼)^o.

2.2 Que el Consejo de la Judicatura, demandado 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 Que el Tribunal de instancia en auto de viernes 5 de abril de 2019, negó el recurso horizontal interpuesto por la parte demandada.

2.4. El Conjuetz Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 15 de agosto de 2019 las 15H58, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

2.5.- El lunes 3 de febrero de 2020, a las 17:00, el Juez Patricio Secaira Durango presentó excusa para conocer y resolver la presente causa; la cual ha sido negada en auto de viernes 28 de febrero de 2020.

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 de su sentencia estimó que: ^a(¼)2.2.1.1.- Dicho lo anterior, en el caso sub júdice, se puede evidenciar que los elementos del tipo indeterminado denominado ^amanifiesta negligencia^o no han sido configurados y menos subsumidos por el ente administrativo sancionador: al no haber, primero, valorado correctamente la prueba para determinar el tipo infraccional y segundo porque no se ha demostrado el daño ni a las partes procesales, peor al Estado. En otras palabras, se ha faltado al requisito fundamental de la motivación cuya ausencia determina la nulidad del acto administrativo por principio constitucional. (¼)En el presente caso, el error de la Administración al adecuar un accionar del servidor judicial a un presupuesto legal que no corresponde, provoca falta de motivación y por ende confluye en la nulidad del acto administrativo. Sobre todo, se ven afectados los requisitos de razonabilidad y lógica habida cuenta que no existe una correspondencia coherente entre los elementos fácticos con los presupuestos normativos que hemos analizado detalladamente.- 2.2.1.2.- Otro aspecto que abona a la falta de motivación de la resolución, sobre todo afecta al principio de legalidad, se deriva del hecho que la Sala de la Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia jamás en su resolución habló o determinó que existía manifiesta negligencia en la actuación del fiscal; sino que lo calificó de ^ainercia judicial^o (¼) Más allá de lo expuesto en líneas anteriores, ésta calificación de la Sala de la Corte Nacional de Justicia para ser investigada fue trastocada por la Directora Provincial de Orellana de una falta que se encuadraba en la falta grave del numeral 8^o del artículo 108 del COFJ, acogiendo lo dispuesto por la Corte Nacional de Justicia que comprende una sanción de suspensión a otra contenida en el numeral 7^o del artículo 109 del COFJ, que tiene como sanción la destitución. Extralimitándose en su capacidad investigadora, y sin razones fácticas o jurídicas, la misma Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Orellana agrava la situación del sumariado iniciando el sumario por ^amanifiesta negligencia^o que es una falta gravísima con sanción de destitución conforme consta en la providencia de 6 de enero de 2017, las 10h24). (fjs. 476 expediente provincial) Pero de manera, incomprensible jurídicamente, en el informe motivado de la misma Directora Provincial del Consejo de la Judicatura, Dra. Gladys Núñez, de 3 de marzo de 2017, dice: ^aPor todo lo expuesto y en apego a lo establecido en el Art. 41, inciso final de la

Codificación del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, adjunto al sumario administrativo remito el presente informe motivado, en relación al servidor judicial: Dr. Raúl Ernesto Chimarro Lamar, aclarando que del desarrollo del sumario su participación en los hechos denunciados, su actuación no se adecuado (sic) a lo determina (sic) el numeral 7 del Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, pero por todo lo relatado en el presente informe, existen elementos suficientes del presunto cometimiento de la infracción disciplinaria establecida en el Art. 108 numeral 8 del Código Orgánico de Función Judicial (sic), por lo que se sugiere se sancione al servidor sumariado con la SUSPENSIÓN, salvo su mejor criterio.º (fjs. 6 expediente del Pleno) Con estas incoherencias jurídicas, el Director General del Consejo de la Judicatura, en providencia de 4 de mayo de 2017, las 16h00, sin un mayor análisis jurídico de estas contradicciones resuelve: ªDe conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente sumario disciplinario ha sido remitido a la Dirección General con el informe motivado elaborado por la doctora Gladys Núñez Moncada, Directora Provincial de Orellana del Consejo de la Judicatura; en el que, recomienda declarar la responsabilidad administrativa del sumariado, doctor Raúl Ernesto Chimarro Lamar, por sus actuaciones como Agente Fiscal del cantón Francisco de Orellana; por la infracción disciplinaria prevista en el numeral 8 del artículo 108 Ibídem. Sin embargo, de la revisión del expediente, se observa que mediante auto de apertura de 6 de enero de 2017, dictado por la referida autoridad provincial, se ha dispuesto el inicio del presente sumario por la presunta falta disciplinaria establecida en el numeral 7 del artículo 109 del citado cuerpo legal; en consecuencia, el sumariado habría ejercido su derecho a la defensa en relación a la posible falta disciplinaria atribuida en su contra en el auto antes mencionado. Por lo expuesto y en cumplimiento a lo previsto en el literal a) del artículo 9 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria, remito el expediente al Pleno del Consejo de la Judicatura para que una vez analizado, resuelva lo que corresponda en derecho.º (fjs. 10 expediente del Pleno) Como se puede apreciar, sin mayor fundamento ni análisis de los hechos, el Director General del Consejo de la Judicatura remite al Pleno del Consejo de la Judicatura el expediente, dejando de lado el informe motivado de la Directora Provincial, y considerando que existe una falta susceptible de sanción de destitución, cosa que no consta en el informe motivado. El sumario disciplinario si bien pudo seguir formalmente el procedimiento establecido, (sic) liminarmente fue ilegal por abuso de poder de la autoridad administrativa al cambiar la figura determinada por la autoridad jurisdiccional de ªinercia judicialº a ªmanifiesta negligenciaº que no era el tipo sancionatorio establecido en la vía jurisdiccional por el máximo órgano de justicia ordinaria. De esta manera, se violentó el debido proceso y el principio de legalidad. Además, se soslayó el principio constitucional in dubio pro administrado consagrado en el artículo 76 numeral 5º de la Constitución de la República.- 2.2.1.3.- Lo últimamente señalado, se vuelve más grosero cuando en el expediente del

Pleno se verifica que con la simple e inmotivada providencia del Director General del Consejo de la Judicatura se procede a emitir el acto administrativo impugnado, contenido en la Resolución de 12 de octubre de 2017, las 9h10, mediante la que se destituyó al actor. (fjs. 15 a 19 del expediente del Pleno). (¼) En el numeral 6.3.13 transcribe como hecho probado la resolución emitida por la Segunda Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en donde como se la transcribe, solamente en parte; pues no consta el numeral 2 de la resolución de Casación que, nuevamente la transcribiremos para dejar sentado de manera ineludible la tipificación original del órgano jurisdiccional que dice: ^a ¼ 2. Que la inercia judicial debe ser investigada para lo que se remitirá copia certificada de lo actuado al Consejo de la Judicatura^¼ .° (fjs. 4 vta. expediente provincial) De ahí que siguiendo lo dicho en el numeral, 2.2. del acápite V de este fallo, el Pleno del Consejo de la Judicatura ha realizado una interpretación extensiva de la tipificación realizada por el órgano jurisdiccional en una etapa netamente administrativa. ^a De este modo, si al momento de establecer el sentido de la norma de tipificación se duda sobre si ésta alcanza o no un caso determinado, deberá concluirse que no.° El Pleno del Consejo de la Judicatura, no hace análisis del origen de la falta tipificada por la Corte Nacional de Justicia y termina sancionando por una falta que no fue establecida sino por otra que, sin fundamento fáctico, determina el órgano administrativo sancionador; facultad que no tiene según los artículos 115, 130 numeral 6^e y 131 numeral 3^e del COFJ. El Consejo de la Judicatura tiene la facultad de sancionar la falta claramente determinada o tipificada, pero nunca debe atribuirse facultades interpretativas de la falta y menos de orden jurisdiccional. (¼)°.

7.- CAUSALES DEL RECURSO INTERPUESTO: El casacionista, al interponer su recurso, lo hace basándose en el caso cinco del artículo 268 del COGEP por la: (i) errónea interpretación de los artículos 109, numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial; 580, 590 y 591 del Código Orgánico Integral Penal; y, (ii) por la falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7 literal a) y 233 de la Constitución de la República; artículos 104, 1114, 116, 117, y 264 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 33 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura; argumentando que la sentencia que reprocha es la expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 19 de marzo de 2019, las 10h29, dentro del juicio No. 17811-2018-00262.

8.- RESPECTO DEL CASO CINCO DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP:

El caso cinco del artículo 268 del COGEP, se refiere: ^a 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°. La doctrina ha sostenido que esta causal es el caso de violación directa a una norma

de derecho sustantivo, razón por la que, los hechos no intervienen ciertamente en el desarrollo de los yerros que taxativamente contiene la causal; puesto que se entiende que al acusarse de este vicio los antecedentes fácticos que corresponden al caso, son de plena comprensión y aceptación de las partes y, especialmente, de quien interpone el recurso de casación.

Es claro asimismo que cada uno de los yerros que contiene la causal es autónomo y que no pueden subsistir entre si cuando se acusa que la infracción de una norma jurídica genera la existencia de dos o más yerros.

8.1 El recurso de casación denuncia que la sentencia recurrida incurre en el yerro de **errónea interpretación de los artículos 109, numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial; 580, 590 y 591 del Código Orgánico Integral Penal**; normas que a la letra ordenan:

Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: (¼) 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable°.

Del COIP:

ª Artículo 580.- Finalidades.- En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

Las diligencias investigativas practicadas por la o el fiscal, con la cooperación del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito, tendrá por finalidad determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos°.

ª Artículo 590.- Finalidad.- La etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada°.

ª Artículo 591.- Instrucción.- Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación°.

Sostiene el recurso en examen, según el Tribunal que la negligencia radica en la falta de cuidado en el ejercicio de la actividad y se configura cuando el sujeto activo de la infracción ha actuado en el caso, como fiscal, de tal manera que demuestre un daño grave a una de las partes procesales o al Estado, por una acción desatinada. Que el Tribunal interpreta erróneamente el artículo 109 en su numeral 7, ya que afirma que la manifiesta negligencia solo puede ocurrir como acción y no por omisión como es el caso; así como también la afirmación judicial es errada cuando se estima que la falta cometida por el actor del juicio de instancia, no dejó como víctimas al Estado o a una de las partes, cuando es evidente que al haber dejado prescribir la acción, la víctima es la menor de edad que sufrió una violación.

Que, el Tribunal de instancia en la sentencia reprochada, interpretó erróneamente las normas del COIP, cuando señala que la Corte Nacional dispuso la investigación por la inercia judicial, por lo que la investigación debió ser dirigida no solo al fiscal sino a los jueces.

Es evidente que, para que opere la causal de errónea interpretación, es indispensable que la norma jurídica que el recurrente estima infringida haya sido efectivamente usada por los juzgadores en el análisis o motivación de la sentencia; ya que resulta lógico entender que, solo cuando ha sido usada la norma es posible interpretarla, pues al contrario, si la norma no ha sido traída al análisis del juzgador para dar solución jurídica al problema materia de la decisión judicial, no es posible dar un alcance a esa norma. No puede interpretarse la norma no usada. Es por ello que, como en la especie, de la revisión del fallo atacado no aparece que se hayan usado los artículos 580, 590 y 591 del Código Orgánico Integral Penal, va de suyo que estos no fueron objeto de interpretación alguna en la sentencia recurrida.

Ahora bien, en torno al artículo 109 numeral 7 del COFJ, el Tribunal de instancia señala que, al haberse aplicado dicha norma, que establece como causal de destitución la manifiesta negligencia en que habría incurrido el actor del juicio en la causa a la que se refiere el sumario administrativo y la decisión administrativa impugnada; manifestando además que mientras la Corte Nacional de Justicia ordenó que el Consejo de la Judicatura efectúe una investigación por cuanto a su criterio podría haberse configurado "inercia judicial", la cual estaría contemplada como infracción grave por el artículo 108.8 del COFJ, que se sanciona con suspensión de funciones; la Dirección Provincial de Orellana inicia el sumario administrativo, agravando esa calificación, puesto que se lo hace estableciendo que la potencial infracción cometida por el servidor sumariado estaría contemplada en el artículo 109.7 de ese Código, la cual es falta gravísima, sancionada con destitución. Que, luego del procedimiento previo, en el respectivo informe motivado de esa Dirección Provincial, se ha establecido que la infracción en la que habría incurrido el sumariado era la prevista en el artículo 108.8 del COFJ, y que, en el sumario se determinó que los hechos denunciados no se adecuan a la conducta prevista en el artículo 109.7 de ese Código. Que no obstante, el Pleno del Consejo de la

Judicatura variando las conclusiones de ese informe, impuso la sanción de destitución del artículo 109.7 del COFJ.

La valoración de la prueba es asunto propio de la soberanía del Juez de instancia; y en la especie, esa valoración permitió al juzgador determinar que no hubo mérito para sancionar al sumariado, con la destitución del cargo, pues por el propio análisis del caso concluyó que su conducta podía ser sancionada con la suspensión de funciones, pues esa es la orientación que la Corte Nacional señaló en su disposición para que se haga la investigación ya señalada. Ese hecho determina que en el sumario administrativo no fue probada la infracción imputada preliminarmente al servidor fiscal, por lo que no debía ser sancionado con la destitución. Lo dicho implica que el juzgador hizo un análisis de los hechos y que esos hechos, en la causal invocada no pueden variar porque se les estima ciertos; situación que conduce a considerar que la causal invocada es improcedente.

8.2 Respecto del caso dos del artículo 258 del COGEP, por el yerro de falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7 literal a) y 233 de la Constitución de la República; artículos 104, 114, 116, 117, y 264 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 33 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura; es pertinente transcribir inicialmente esas normas:

Disposiciones Constitucionales

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (¼)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento°.

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial

^a Art. 104.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.- Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda°.

^a Art. 114.- INICIACION DE SUMARIOS DISCIPLINARIOS.- Los sumarios disciplinarios se iniciarán de oficio por la Directora o el Director Provincial, o por la unidad que el Consejo de la Judicatura establezca de manera general, cuando llegare a su conocimiento información confiable de que el servidor de la Función Judicial ha incurrido en una presunta infracción disciplinaria sancionada por este Código.

También podrá iniciarse por denuncia presentada por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad. En caso de denuncias en contra de Jueces y Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, del Director General, de los directores regionales o provinciales y de los directores de las comisiones o unidades, será el Pleno del Consejo de la Judicatura quien tramite los sumarios e imponga las sanciones correspondientes°.

^a Art. 116.- TRAMITE.- De oficio o admitida a trámite la queja o denuncia se le dará el procedimiento previsto en el Reglamento que se expedirá para el efecto. En los sumarios disciplinarios se observarán las garantías del derecho de defensa y las demás del debido proceso consagradas en la Constitución. A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le presumirá inocente mientras no se declare, por resolución firme, su responsabilidad disciplinaria°.

^a Art. 117.- RESOLUCION.- Concluido el trámite, el director provincial, dentro del ámbito de su competencia, le impondrá a la servidora o al servidor de la Función Judicial la sanción disciplinaria de amonestación o multa, o ratificará su inocencia. Si no fuera competente para imponer la sanción que corresponda, enviará el expediente del sumario al Pleno del Consejo de la Judicatura°.

^a Art. 264.- FUNCIONES.- Al Pleno le corresponde: (¼) ^a 14. Imponer las sanciones disciplinarias de destitución a las servidoras o los servidores judiciales, con el voto conforme de la mayoría de sus Miembros, o absolverles si fuere conducente. Si estimare, que la infracción fuere susceptible solo de suspensión, sanción pecuniaria o de amonestación, las impondrá°

La causal invocada, esto es la prevista en el numeral dos del artículo 268 del COGEP, establece que es procedente la casación: ^a Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias no incompatibles así como, cuando no

cumplan con el requisito de motivación°.

Por consiguiente en esta causal no es posible alegar la falta de aplicación de normas legales como es precisamente el yerro que se acusa por parte del casacionista.

El recurrente sostiene que la Corte Nacional dispuso que se investigue la inercia judicial y que la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura inicia de oficio el sumario administrativo en contra del servidor, actor del juicio. Que el Art. 114 del COFJ establece que los sumarios pueden iniciarse de oficio; el Art. 116 del COFJ ordena que en esos procedimientos se observarán las garantías del debido proceso y que en el caso, para sancionar a Raúl Chimarro Lamar se inició el sumario en el cual se observaron esas garantías; que ningún servidor público está exento de sus responsabilidades por los actos u omisiones incurridas en el desempeño de sus cargos; disposiciones no aplicadas por el juzgador; así, en el fallo se dice ^a(1/4) se evidencia que, formalmente, se ha observado el procedimiento establecido en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura en especial a lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes del cuerpo normativo mencionado, en cuanto al cumplimiento de las formalidades legales°. De lo cual se infiere que el mencionado artículo 33 fue aplicado en el Tribunal de instancia por lo que la falta de aplicación alegada en el recurso es impertinente.

El Tribunal de instancia no ha infringido el artículo 233 de la Constitución, pues lo que ha expresado es que la sanción impuesta es contraria a derecho, ya que en el sumario administrativo se probó la existencia de una infracción distinta a la que se le imputo al instaurarlo y diferente a la que se le impuso.

Afirma asimismo el casacionista que en la sentencia existen contradicciones y termina señalando en varias de sus partes, ya que sostiene que en el procedimiento administrativo se cumplieron las formalidades legales, para luego señalar que la Dirección General remitió el proceso al Pleno del Consejo de la Judicatura y que el informe motivado de la Dirección Provincial no es vinculante. Que en efecto ese informe no es vinculante y contiene solo recomendaciones. Que, se inició el sumario administrativo por la infracción prevista en el artículo 109.7 del COFJ, respecto del cual el accionante ejerció su defensa. Que de haber actuado debidamente el Tribunal de instancia hubiere llegado a la conclusión que el actor del juicio incurrió en la falta disciplinaria que le fue aplicada. De lo que se infiere que en realidad la fundamentación del recurso es deficiente ya que no indica con precisión la existencia de contradicciones en la sentencia recurrida, sumándose a ello que la falta de aplicación de normas, como se ha dicho, no forman parte de los presupuestos jurídicos que dicen relación a la causal que ha sido indebidamente invocada por el casacionista, por lo que el recurso, por este extremo, es improcedente.

9.- RESOLUCIÓN: Sin que sea necesarias otras consideraciones, 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**, rechazando el recurso de casación propuesto por el Consejo de la Judicatura, NO CASA la sentencia atacada por este. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- **Notifíquese, publíquese 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)

FUNCIÓN JUDICIAL

128707550-DFE

Juicio No. 17811-2018-00262

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 30 de julio del 2020, las 11h39. **Vistos:** a) Con escrito presentado el 10 de junio de 2020 el doctor Raúl Ernesto Chimarro Lamar, solicitó aclaración y ampliación de la sentencia emitida en la presente causa, señalando: "*(W) dígnese señor Juez aclarar la sentencia (W) a.- Si existe doctrina o jurisprudencia con respecto al verdadero alcance que el asambleísta quiso dar al Art. 109.7 del referido cuerpo normativo (Código Orgánico de la Función Judicial) b.- Cual es el basamento legal en que se sustentó para indicar en su sentencia que las aseveraciones hechas por el tribunal de instancia con respecto a lo antes anotado (inercia judicial y no inercia fiscal) son aseveraciones que constituyen errónea interpretación del verdadero alcance que el asambleísta quiso dar al Art. 109.7 del referido cuerpo normativo (Código Orgánico de la función Judicial). c.- Que se aclare documentadamente en que se basó, para indicar en su sentencia que no se juzgó el grave delito presumiblemente cometido en contra de un adolescente (...). d.- Aclare (sic) cuales son los documentos con los cuales se ha comprobado que la desidia e inacción de mi persona en el proceso penal de violación por el cual merecí esta destitución, provocaron que no se juzgue un grave delito presumiblemente cometido en contra de un adolescente. e.- (W) en que parte de la sentencia sea esta expositiva, considerativa y resolutive, dictada por la Segunda Sala de la familia (sic), Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia se hace específica mención a la negligencia del fiscal a cargo del caso. f.- (sic)(...) en que parte de la sentencia sea esta expositiva, considerativa y resolutive, dictada por la Segunda Sala de la familia (sic), Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, se dice (con respecto al compareciente)... Incurriendo de esta forma en una presunta desidia en la tramitación de la causa, resultando una presunta negligencia (...)"*. b) Con auto de 15 de junio de 2020 el Juez ponente corrió traslado a las partes para que se pronuncien sobre el referido pedido en el término de 48 horas, sin que el Consejo de la Judicatura o la Procuraduría General del Estado hayan contestado el traslado. A fin de resolver sobre el referido recurso horizontal se considera: El artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos señala: "*La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se ha omitido decidir sobre frutos, intereses o costas*". Con respecto a la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el doctor Raúl Ernesto Chimarro Lamar corresponde precisar que el recurrente en principio solicita la aclaración y ampliación de la sentencia de mayoría, no obstante su pretensión se centra en solicitar la aclaración, sin que en su escrito desarrolle argumento alguno respecto a la ampliación. De otro lado el solicitante pretende que se aclaren varios asuntos que están claramente determinados en la sentencia de mayoría, lo que se evidencia más bien en el texto

constante en su extenso escrito es la inconformidad con lo resuelto en el fallo, asimilándose su exposición a un alegato en defensa de sus intereses, como si se tratara del extinto recurso de tercera instancia por lo que las alegaciones del recurrente son ajenas a la naturaleza jurídica del recurso horizontal de aclaración y ampliación.

Dicho esto, se puede advertir que en la sentencia de mayoría se ha resuelto con detalle y claridad todo lo que fue materia del recurso de casación, sin que amerite aclarar o ampliar ningún punto de fallo; en consecuencia, resulta improcedente que mediante un recurso horizontal se pretenda modificar o alterar dicho fallo, pues aquello está expresamente prohibido por la ley.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el doctor Raúl Ernesto Chimarro Lamar.- En razón de haber salvado su voto en la sentencia de mayoría, el doctor Patricio Secaira Durango firma el presente auto por obligación legal. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015 - **Notifíquese y cúmplase.**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

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

IM/PC

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.