

# REGISTRO OFICIAL<sup>®</sup>

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

**FUNCIÓN JUDICIAL Y  
JUSTICIA INDÍGENA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA ESPECIALIZADA  
DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,  
JUICIOS Y AUTOS**

**AÑO 2020:**

**J18803-2017-00297, J11804-2018-00292,  
J17741-2013-0042, J17811-2017-00485**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

127727769-DFE

## Resolución No. 410-2020

Juicio No. 18803-2017-00297

**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 16 de julio del 2020, las 08h39. **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, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012 y 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 por el Consejo de la Judicatura como Conjuces Nacionales mediante resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por ausencia definitiva del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, 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)** 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, Patricio Secaira Durando e Iván Rodrigo Larco Ortuño, éste 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 expedida el 30 de mayo de 2018, a las 16h18, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, dentro del juicio N° 018803-2017-00297 que por responsabilidad objetiva interpuso el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), resolvió aceptar parcialmente la demanda, declarar la responsabilidad objetiva del Hospital General del IESS en Ambato y disponer a dicha institución pública proceda al pago de USD \$ 80.000 por concepto de daño moral.

**1.2.-** El señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres presentó recurso de casación fundamentándose para el efecto en los casos 4 y 5 del artículo 268 del COGEP.

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
C=QUITO  
O=QUITO  
D=1336238  
U=200419078

**1.3.-** Por su parte, el Director Provincial del IESS en Tungurahua interpuso recurso de casación fundándose en el caso 4 del artículo 268 del COGEP.

**1.4.-** El Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 02 de julio de 2019, admitió a trámite los dos recursos de casación interpuestos en la presente causa.

**1.5.-** Con auto de sustanciación de fecha 17 de enero de 2020 se convocó para el día jueves 05 de marzo de 2020, a las 10h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.6.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el actor que también es recurrente, acompañado de su defensa técnica. Adicionalmente compareció a la audiencia la institución pública demandada, que también es la parte recurrente, por medio de sus abogados defensores debidamente acreditados, quienes expusieron su fundamentación 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 unanimidad y que consiste en aceptar el recurso de casación interpuesto por el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres y aceptar el recurso de casación planteado por el IESS, 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 el fallo emitido el 30 de mayo de 2018 por el Tribunal de instancia dentro del juicio N° 018803-2017-00297 adolece de los vicios de derecho acusados por los recurrentes, principalmente relacionados a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, de comprobarse dichos yerros, se emitirá la sentencia de mérito que corresponda.

**2.3.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS).-** Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación del precepto

jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el inciso segundo del artículo 164 del COGEP, norma ésta que dispone que la prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. El casacionista agrega que la violación al referido precepto condujo a la equivocada aplicación de la norma de derecho sustantivo contenida en el artículo 11.9 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; y, en tal virtud, el Estado y toda persona que actúa en ejercicio de una potestad pública, están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios.

Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista hace referencia a la valoración que el Tribunal de instancia ha hecho a la declaración rendida por el perito en la audiencia de juicio, manifestando lo siguiente: *“¼ nos referimos a la apreciación y valoración que el tribunal ad quo ha realizado respecto a la declaración rendida por el perito Dr. Milton Daniel Altamirano Córdova¼”*. A continuación el recurrente transcribe la declaración efectuada por el perito, quien entre otros aspectos manifiesta: *“No puede usted cerrar a un paciente mientras no encuentre la causa, de la peritonitis de la colección que le encontró en el abdomen en la pelvis encuentran pus y heces fecales, de donde venía eso, no podía cerrar al paciente mientras no encontraba la perforación¼”*. Sobre el particular el recurrente manifiesta: *“Situación que ha sido excluida del análisis y valoración probatoria que realiza la sentencia, pues en relación a la declaración del perito, en el apartado 6.1 tan solo se aprecia una parte de lo que fue la declaración rendida por el Dr. Milton Daniel Altamirano Córdova (¼) Con lo cual el tribunal ad quo llega a la errada conclusión de que existió deficiencia en la prestación de servicios de salud, pese a que el Dr. Milton Daniel Altamirano Córdova señaló de manera expresa que el galeno del IESS a cargo de la intervención quirúrgica del 04 de enero de 2017 **ÂHIZO TODO LO POSIBLEÂ** ratificando que las actuaciones médicas del IESS para el diagnóstico y tratamiento de la perforación del colon fueron oportunas y adecuadas de acuerdo a la lex artis médica”*.

Corresponde entonces al Tribunal de esta Sala Especializada verificar si en la sentencia recurrida están o no presente el yerro acusado por el IESS. Al respecto se constata que en el considerando 6.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia manifiesta lo siguiente: *“¼ considerando el carácter opinable de las ciencias médicas, el tribunal acude a las pruebas admisibles legalmente solicitadas, practicadas e incorporadas en este juicio, a fin de establecer si conforme a la lex artis, existió un daño que no debió soportar el Sr. MARCELO LAUTARO YANEZ TORRES más allá del riesgo permitido propio de la naturaleza de las ciencias médicas y a dicho efecto se tiene, el informe médico pericial de cuya revisión este tribunal concuerda con la exposición hecha en la audiencia de juicio en*

*el sentido de que la perforación del colon (que es un hecho no controvertido) es una posibilidad (evento) a la que está expuesta el paciente sin que esto sea trascendente a efectos de verificar la existencia del daño en el presente caso, ya que como se ha dicho existe esta posibilidad o riesgo permitido<sup>1/4</sup> °. Adviértase que el Tribunal de instancia acertadamente hace referencia a la importancia del peritaje médico en la presente causa, mas sin embargo en este considerando se limita a enunciar una parte diminuta de la exposición hecha por el perito doctor Milton Altamirano durante la audiencia de juicio, recogiendo únicamente una parte de la referida declaración y omitiendo valorar el resto de dicha declaración así como el Informe que por escrito presentó el mismo perito. Tampoco el Tribunal de instancia ha interrelacionado esa declaración con el resto del acervo probatorio, ni ha explicado los motivos por los cuales desecha determinados elementos probatorios; es decir, no ha valorado la prueba en su conjunto.*

De lo anteriormente expuesto ha quedado evidenciado que la sentencia recurrida ha incurrido en el yerro previsto en el caso 4 del artículo 268 del COGEP toda vez que ha existido violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por lo que se acepta el recurso interpuesto por el IESS.

#### **2.4.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL SEÑOR MARCELO LAUTARO YANEZ TORRES**

**2.4.1.-** Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación del artículo 11.9 de la Constitución de la República, norma ésta que regula la responsabilidad objetiva del Estado.

Es necesario recordar que el vicio de falta de aplicación implica un error de existencia y se presenta cuando el juzgador ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto controvertido. En el presente caso, el Tribunal de esta Sala Especializada verifica que en el considerando 6 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia cita y transcribe el artículo 11 de la Constitución de la República, enunciando a continuación las demás normas jurídicas que guardan concordancia con la mencionada norma constitucional. Es en base a estas disposiciones que el Tribunal de instancia desarrolla toda su motivación posterior, y es por este motivo que en la parte resolutive de la sentencia recurrida del Tribunal de instancia acepta parcialmente la demanda de responsabilidad objetiva planteada por el actor, para a continuación señalar textualmente lo siguiente:

*<sup>a</sup> De conformidad con lo previsto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL procederá a efectuar las investigaciones correspondientes a fin de determinar las responsabilidades y tomará las acciones dentro del término de Ley<sup>o</sup>. De esta manera queda evidenciado que, a diferencia de lo aseverado por el*

casacionista, en la sentencia recurrida efectivamente sí se consideró, analizó y aplicó el artículo 11.9 de la Constitución de la República, debiendo considerarse además que en la audiencia de fundamentación del recurso el casacionista no realizó ejercicio argumentativo alguno tendiente demostrar este vicio, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

**2.4.2.-** Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 11.4, 76.7.h), 169 de la Constitución de la República, y en el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Las normas que el casacionista considera infringidas por su falta de aplicación disponen lo siguiente:

**CONSTITUCIÓN.- <sup>a</sup>Art. 11.-** *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ¼ 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales°; <sup>a</sup>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: ¼ h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra°; <sup>a</sup>Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades°.*

**CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- <sup>a</sup>Art. 18.- SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA.-** *El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades°.*

Debe precisarse que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, de forma general, se remiten a la integralidad, ejercicio e indivisibilidad de la prueba, así como a la validez legal del medio probatorio, la oportunidad procesal para la práctica de la misma, así como los parámetros para determinar la eficacia probatoria de determinado elemento. Analizadas que han sido cada una de las normas constitucionales y legales citadas por el casacionista como infringidas, se determina que ninguna de ellas constituye preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que son los únicos que se pueden invocar al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, ya que dichas normas se tratan más bien principios generales del derecho aplicables a todos los casos. En efecto, el

recurrente se ha remitido a aquel principio que establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, o aquella norma que preceptúa el derecho a la defensa, o aquel principio que señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. La supuesta violación a estos principios generales del derecho no puede servir de fundamento para alegar yerros de derecho en la sentencia recurrida al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

**2.4.3.-** Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 161, 162, numerales 1 y 3 del artículo 163 y 164 inciso segundo del COGEP, lo que condujo a la falta de aplicación del inciso final del artículo 11 de la Constitución de la República.

Para fundamentar el recurso por esta causal el recurrente manifiesta: *“¼ hago notar que el Tribunal aísla indebidamente la totalidad de lo expuesto por el perito, porque se limita a considerar únicamente la situación de la perforación del colon-que el señor perito dijo que es algo que puede suceder en la práctica médica- y deja de apreciar que a raíz de esta lesión se produjo un daño a la salud. Por ello, como se ha dicho en la jurisprudencia invocada al inicio de este apartado, se está cercenando o disminuyendo el real contenido de la prueba pericial (¼) De esta errónea interpretación, se sigue una petición o exigencia absurda en el plano probatorio, que está implícita en las ideas que se vierten en la sentencia, a saber, que se pruebe el valor de la disminución patrimonial que he sufrido por la perforación del colon y la afectación a la salud derivada de la deficiente atención médica. Jamás se puede probar un atentado contra la integridad física de la persona como si fuese un detrimento en sus cosas, simplemente porque una lesión en el colon o la afectación a la salud no son mesurables en el terreno monetario (¼) En este sentido, el Tribunal deja de aplicar los artículos 161, 162 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos. En efecto, si la prueba conduce a demostrar, de modo directo e inmediato, un daño indemnizable que no es de índole patrimonial, quien debe valorar el monto económico del perjuicio es el juez en basa a la sana crítica, pero no exigir que se pruebe como si fuese una cosa o algo patrimonial (¼) Como consecuencia de la infracción a las normas de valoración de la prueba que he invocado, la sentencia que recurro ha dejado de aplicar, en todas sus consecuencias, el precepto final del artículo 11 de la Constitución de la República, que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la mala prestación del servicio público de salud, ya que se ha negado la reparación integral que demandé, concretamente, el menoscabo a la salud que sufrí como consecuencia de los actos y omisiones probados que ocurrieron en el Hospital General del IESS de Ambato° . Más adelante en la fundamentación del recurso el casacionista se refiere a otro asunto, que es el referente a*

los gastos médicos, manifestando sobre el particular lo siguiente: <sup>a</sup> *En relación con el daño emergente por gastos médicos en que tuve que incurrir el lucro cesante derivados de la mala atención médica que estuvo demostrada, el Tribunal autor de la sentencia manifiesta que no actué debidamente la prueba respectiva (1/4) Como consta en el audio de la audiencia de juicio, en la parte A o primera del audio que acompaño en disco compacto, desde los tiempos que van desde 1h25m11s hasta 1h28m21s, mi defensa técnica procedió a identificar los documentos incorporados al expediente, mediante la enunciación de las fojas donde constan dichas piezas procesales, debidamente enunciadas en la demanda y en la audiencia preliminar, para determinar lo que con ello se prueba. Sucede que el Tribunal autor de la sentencia considera que esta manera no es la apropiada para practicar la prueba, sino que debía hacer una exhibición o lectura de cada instrumento (1/4) En el tiempo que va desde 1h30m27s hasta 1h30m44s de la parte A del audio de la audiencia de juicio, puede apreciarse que la parte demandada, una vez que tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, no objetó dichos documentos, pues expresa que no tiene ninguna observación sobre ellos. En virtud de lo expuesto, al rechazar el valor probatorio de los documentos que demuestran los gastos médicos que tuve que realizar y el lucro cesante, se viola el número 1 del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, porque hubo anuencia del demandado sobre su veracidad (1/4) Por otra parte, también se viola el número 3 del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, porque si se ha demostrado que hubo un daño que no tuve obligación jurídica de soportar como consecuencia de la deficiente prestación del servicio público de salud, es evidente, de sentido común, que no podía trabajar ni producir ingresos como consecuencia de mi estado físico (1/4) De esta manera, también se violó el artículo 164 del mismo Código por dejar de apreciar en su conjunto la prueba fotográfica de mi dolencia y de mi incapacidad con la que demuestra el lucro cesante*<sup>1/4</sup> °.

A fin de determinar si los yerros acusados por el recurrente están o no presentes en el fallo recurrido, en lo que respecta al informe del perito y a la cuantificación del daño ocasionado por la perforación del recto, el Tribunal de esta Sala Especializada constata que en el considerando 7.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia analiza el tema del daño emergente, y en el numeral 7.1.1 determina lo siguiente: <sup>a</sup> *Al respecto el tribunal verifica que sobre la perforación del colon existe prueba debidamente actuada, el informe médico pericial en el cual el Dr. Milton Altamirano arriba entre sus conclusiones que el paciente ingresó al Hospital del IESS de Ambato por un cuadro apendicular, que fue resuelto de manera óptima, luego se le ocasionó en emergencias de esta Casa de Salud, un perforación iatrogénica del recto al realizarle un enema evacuante, dicha perforación no se diagnosticó y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo, por sepsis (infección) abdominal grave* <sup>1/4</sup> *Al ser un daño patrimonial considerada como tal por el actor en el numeral 3.1.1 (fs.154 vuelta) como parte del Daño emergente la cuantificación requiere ser probada lo cual es imputable al actor, y al ser el único medio de prueba admitido y actuado el*

*informe pericial, no existe prueba que demuestre cuál ha sido la disminución patrimonial, ni la razonabilidad de la cuantificación del daño patrimonial en los términos que ascienden a \$80.000 dólares conforme lo ha propuesto el actor en su demanda, por tanto el pago por esta indemnización no es procedente*<sup>o</sup>. De lo antes transcrito se colige que el Tribunal de instancia, al analizar el tema del daño emergente, ha utilizado como único medio probatorio una parte del informe pericial del doctor Milton Altamirano, a sabiendas de que dicho informe es netamente técnico-médico y que por consiguiente no podía ni debía hacer valoración alguna del daño emergente. Por otro lado, el Tribunal de instancia ha exigido que sea el actor el que cuantifique y valore el monto que se debe pagar por la perforación del recto, sin considerar que la pérdida o lesión de un órgano humano no puede ser medido en términos económicos. Tampoco ha considerado el Tribunal de instancia que la perforación del recto es un hecho mencionado en la demanda y ha sido expresamente admitido por la parte demandada, por lo que estamos frente a un hecho que no necesitaba ser probado. Finalmente se debe señalar que el Tribunal de instancia ha omitido considerar y valorar el resto del acervo probatorio constante en el proceso tendiente a fijar el valor del daño emergente y/o del lucro cesante, por lo que en la sentencia recurrida no se ha analizado la prueba en su conjunto.

En lo que tiene que ver a los gastos médicos incurridos por el tratamiento médico al que se sometió el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, se verifica que en el considerando 7.2.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia señala: *“<sup>a</sup> ¼ la prueba no solo debe ser anunciada y admitida bajo los parámetros de utilidad, conducencia y pertinencia, sino que la misma debe ser ACTUADA conforme a la ley¼<sup>o</sup>. A continuación en la sentencia recurrida se cita los artículos 326, 164, 196 y 297 del COGEP para en base a ello determinar lo siguiente: <sup>a</sup> En la especie, se tiene que la parte actora presentó pruebas documentales y periciales, siendo que respecto de la documental no ha dado cumplimiento al numeral 1 del artículo 196 del COGEP, es decir la defensa técnica se limitó a enunciar la prueba pero no a practicarla ni a leerla en la parte pertinente (a excepción de la prueba fotográfica debidamente exhibida, que no coadyuva en la cuantificación material patrimonial), asunto que no constituye una mera formalidad sino un verdadero requisito del debido proceso, siendo de destacar que tampoco se ha actuado prueba documental precisando cuál de todas ellas atribuyen ya bien a: gastos médicos, intereses, suspensión de la actividad laboral, disminución de la capacidad laboral ¼<sup>o</sup>. Adviértase que es el propio Tribunal de instancia el que ha reconocido expresamente que la prueba documental presentada por la parte actora fue debidamente anunciada en el escrito de demanda y en la audiencia preliminar, por lo que fue debidamente admitida, y además se reconoce expresamente que dicha prueba fue útil, conducente y pertinente, más sin embargo el mismo Tribunal, líneas más abajo, señala que el actor se ha limitado a enunciar la prueba pero no a practicarla ni a leerla en la parte pertinente, añadiendo que tampoco ha especificado a qué rubro pertenece cada uno de los documentos, motivo por el cual negó los daños patrimoniales reclamados por el accionante. Al*

respecto es necesario recordar que la violación a la valoración de la prueba se presenta cuando el juzgador ha supuesto prueba inexistente en los autos o ha ignorado la que sí existe en ellos, o cercenando o disminuyendo su real contenido; y, por ende, la conclusión de orden fáctico derivado del error es contraria a las realidades establecidas en las pruebas existentes. En el presente caso, el Tribunal de esta Sala Especializada de casación confirma el hecho de que se ha cercenado la prueba debidamente anunciada, solicitada, admitida e incorporada al proceso por parte del actor, sin que el mero formalismo de la lectura de la parte pertinente o la identificación de la foliatura de cada una de dichas pruebas sea justificativo suficiente para vulnerar el derecho a la defensa que le asiste al actor y el debido proceso. Por otro lado, es necesario recordar que en ejercicio de la potestad de control de legalidad asignada a la jurisdicción contencioso administrativo en los artículos 300 y 313 del COGEP, el Tribunal de instancia tenía plena atribución para examinar todo documento constante en el proceso y no esperar a que la parte procesal dé lectura al sin número de facturas que el actor intentó practicar a su favor en el momento procesal oportuno, pues actuar en sentido contrario implicaría violar los principios de verdad material y oficiosidad que rigen en el Derecho Administrativo.

De lo anteriormente expuesto ha quedado evidenciado que la sentencia recurrida ha incurrido en el yerro previsto en el caso 4 del artículo 268 del COGEP toda vez que ha existido violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba acusados por el recurrente, motivo por el cual se acepta el recurso por este extremo.

### III.- SENTENCIA DE MÉRITO

Conforme lo determinado en los numerales 2.3 y 2.4.3 de la presente sentencia, el fallo recurrido ha incurrido en los yerros acusados por el IESS y por el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, toda vez que ha dejado de aplicar preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, con lo que indirectamente se violó la ley sustantiva de derecho que regula la responsabilidad objetiva del Estado; motivo por el cual el fallo recurrido debe ser casado. El numeral 2 del artículo 273 del COGEP dispone: *“Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o auto recurrido y pronunciará lo que corresponda”*. Con las reformas al COGEP publicadas en el suplemento del Registro Oficial 517 de 26 de junio de 2019 se insertó en el numeral 3 del citado artículo 273 del COGEP la siguiente disposición: *“Cuando se case la sentencia por el caso previsto en el número 4 del artículo 268 de esta Código, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia corregirá el error valorando correctamente la prueba que obre de autos”*. En tal virtud, para dictar la correspondiente sentencia de mérito, el Tribunal de esta Sala Especializada considera:

**3.1.-** Para analizar doctrinariamente el tema que es la materia primigenia de esta causa (responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado), es necesario señalar que contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, *se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes*<sup>o</sup> (Catalina Irisarri Boada, El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano; Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de Derecho Público, Santa fe de Bogotá, 2000, página 20). Resulta también pertinente remitirnos a la sentencia No. 280-2009 de 10 de septiembre de 2009 emitida por la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 121-2007, que al referirse a sus elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual señala lo siguiente: *a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente (1/4) en la persecución de los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual debe ceder ante ellos, la distribución de cargas públicas individuales está sometido a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, como se dijo, cuando el Estado o sus Institucionales, en el ejercicio de sus funciones, provocan un desequilibrio en la distribución de cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado (1/4). b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones (1/4). c) 1/4 El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo (1/4). d) En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. e) Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación*

*causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica*<sup>14</sup> °. En lo que respecta a las características esenciales del concepto de responsabilidad objetiva del Estado, deben señalarse las siguientes: a) que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima tenga que soportarlo; b) la existencia de un factor de atribución, siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública; c) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que la causó; d) el nexo causal o relación de causalidad. (Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia No. 25, septiembre ± octubre 2016.

**3.2.-** En cuanto a la normativa que regula la responsabilidad objetiva del Estado, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República establece que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El numeral 8 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que a los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo les corresponde conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 04-2015 publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 513 de 02 de junio de 2015, en su artículo 2 dispuso que la jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las acciones por indemnización de daños y perjuicios siempre que dicha indemnización se derive de casos de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos.

**3.3.-** Corresponde entonces determinar si en el presente caso existe o no el deber de reparación por parte del Estado, y para el efecto el Tribunal de esta Sala Especializada verifica que consta como prueba en el proceso el informe pericial emitido por el doctor Milton Altamirano, que en la parte pertinente describe cronológicamente los hechos sucedidos, lo cual es corroborado con lo constante en la historia clínica emitida por el IESS y lo descrito en la historia clínica emitida por el Hospital Metropolitano, que en lo principal y de manera concordante señalan que el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres ingresó a emergencias del Hospital General del IESS de Ambato el 24 de diciembre de 2016 con un cuadro de apendicitis aguda, por lo cual fue sometido a una intervención quirúrgica, obteniendo su alta el 25 de diciembre de 2016. En virtud de que las dolencias persistían, acudió

nuevamente al referido Hospital el 30 de diciembre de 2016 con diagnóstico de estreñimiento, se prescribió enema evacuante. El 01 de enero de 2017 ingresó nuevamente a emergencia en mal estado, con fiebre, taquicardia, nausea y tenesmo vesical y rectal. El 02 de enero de 2017, a las 00:20, ingresa a Gastroenterología, y a las 10h24 re - ingresa a cirugía. El 03 de enero de 2017 se solicita tomografía de abdomen y pelvis, y la interpretación de la TAC ha sido hecha por el médico tratante, quien no encontró hallazgos relevantes. El 04 de enero de 2017 se le interviene quirúrgicamente por segunda ocasión, encontrando una gran colección de pus junto al recto y la vejiga, también el intestino delgado distal (íleon terminal) en mal estado (descerosado) al formar parte del plastrón. Para comprobar una posible perforación a nivel del recto, introduce un colorante (azul de metileno) por el ano, sin encontrar fuga del mismo, descartando alguna perforación. El 07 de enero de 2017, a las 10h26 se solicita exámenes de laboratorio y una nueva TAC con triple contraste, y a las 21h50 por el dren sale líquido intestinal fecaloide, llegando a la conclusión con este hallazgo y la TAC realizada solo con contraste oral y no rectal, que se trataba de una perforación del recto. Se preguntó a los familiares cuál de las 2 opciones que se les presentaron era la escogían, decidiéndose los familiares por la nutrición parental total. El 09 de enero de 2017 se interconsulta con la Unidad de Cuidados Intensivos porque el paciente se encontraba en mal estado. El 10 de enero de 2017, a las 11h16, y ante las malas condiciones del paciente, se considera otra intervención quirúrgica; a las 12h05 de ese mismo día los familiares del paciente firman el alta voluntaria y a las 15h00 ingresa a emergencias del Hospital Metropolitano. El 11 de enero de 2017 es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Metropolitano y el 24 de enero de 2017 sale con el alta en buenas condiciones.

Estos son los hechos ciertos, objetivos e incontrovertibles que han sido debidamente probados en el juicio y que fueron admitidos por las partes procesales, por lo que corresponde en este punto determinar si el procedimiento antes descrito ha producido un daño y/o perjuicio al señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres (patrimonial y/o extrapatrimonial) que no estaba en la obligación jurídica de soportar, si ese daño se ha producido por deficiencia en la prestación del servicio público de salud imputable al Hospital General del IESS en Ambato, para solo entonces determinar si existe o no el deber indemnizatorio por parte del Estado y poder pasar a cuantificarlo.

El informe pericial elaborado y suscrito por el médico especialista doctor Milton Altamirano ha sido debidamente solicitado, practicado e incorporado a este juicio, por lo que es pertinente valorarlo en base a las reglas de la sana crítica. En el numeral 5 del referido informe médico constan las correspondientes conclusiones a las que el perito llega después de haber analizado los hechos, y que para efecto de este análisis cabe poner énfasis en las siguientes: *a b.- Después del primer enema evacuante realizado emergencias del Hospital del IESS, el 30 de diciembre de 2016, a la (sic) 10:39 h, por estreñimiento, el paciente evoluciona mal, deteriorándose su estado de salud, por posible*

*perforación del recto. Los enemas evacuantes son hechos con sondas semi-rígidas, como las rectales y nelaton, que tiene una longitud de 40cm, sin tomar en cuenta las curvaturas que hace el intestino, en especial en la unión recto sigmoidea, que está entre 12 y 14 cm del ano (anexo 3)°. Adviértase que en esta parte del informe el perito ha determinado con claridad el lugar, la hora y el modo en que se ha producido el daño, especificando cuál fue la causa de la perforación del recto, y para mayor ahondamiento, en el mismo informe pero en el literal j), el perito hace referencia a la intervención quirúrgica realizada en el Hospital Metropolitano señalando sobre el particular lo siguiente: <sup>a</sup> En la primera cirugía del Hospital Metropolitano realizada el 11 de Enero a las 17:00 h, se encuentra una perforación de 1 cm, en la unión recto sigmoidea, que está aproximadamente entre 12 y 14 cm del ano (anexo 3). Es criterio del Dr. Luis Burbano y el mío, que la única y posible causa de esta perforación, es la sonda con que se hizo el enema evacuante y es la que produjo toda su patología séptica abdominal grave°. Continuando con el análisis del informe se tiene que el perito ha determinado cuáles fueron las omisiones del Hospital General del IESS frente a la mencionada perforación del recto, especificando lo siguiente: <sup>a</sup> En la segunda cirugía realizada en el Hospital del IESS, el 4 de enero del 2017, a las 23:06 h, no se descubre la perforación del recto. e.- La tomografía solicitada el 7 de enero, a las 10:26 h, con triple contraste (oral, intravenoso y rectal), solo se realiza por vía oral e intravenoso (doble contraste), omitiendo el rectal, que era el indicado para diagnosticar la perforación a nivel del recto. f.- En la Historia Clínica del IESS, no se encuentra los informes de las placas radiográficas, ecos y tomografías solicitadas, que deben ser emitidos por un Radiólogo Especialista. Sería conveniente que estos reportes se realicen dentro de la Historia Clínica, en forma diligente, durante los 7 días de la semana. Además que se cumplan estrictamente los pedidos realizados°. A continuación el perito hace constar en su informe un hecho comprobado que llama la atención, y es el hecho de que los médicos hayan puesto en manos de los familiares del paciente una decisión que solamente podía ser adoptada por un médico especialista que comprenda el alcance de dicha decisión, al señalar lo siguiente: <sup>a</sup> g.- El 7 de enero, a las 21:50 h ante la conclusión de que el paciente presenta una perforación del recto, el Cirujano tratante, conversa con los familiares y les da dos opciones terapéuticas posibles: colostomía vs nutrición parental total (NPT), decidiéndose por la opción más conservadora que es la NPT°. En el literal h) del informe el perito señala que el 10 de enero del 2017, a las 11h16, y debido a la mala evolución del paciente, <sup>a</sup> se considera° resolver la perforación rectal por vía quirúrgica; es decir, nunca el Hospital General del IESS tomó la decisión categórica y terminante de realizar una nueva intervención quirúrgica, sino que tan solo consideró la posibilidad de realizarla para solventar la perforación rectal. Finalmente el perito, de forma clara y categórica, concluye que hubo negligencia al determinar lo siguiente: <sup>a</sup> Resumiendo el caso, el paciente ingresó al Hospital del IESS de Ambato por un cuadro apendicular, que fue resuelto de manera óptima, luego se le ocasionó en emergencias de esta Casa de Salud, una*

*perforación iatrogénica del recto al realizarse un enema evacuante, dicha perforación no se diagnosticó y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo, por sepsis (infección) abdominal grave°.*

Corroborando lo aseverado por el perito, en la historia clínica del Hospital Metropolitano que consta agregada al proceso, se menciona lo siguiente: <sup>a</sup>¼ *Paciente a quien el 24 de diciembre del 2016 realizaron apendicentomía en el IESS de Ambato después de esta intervención se quejaba de náusea y dolor abdominal, el día 26 de diciembre le hicieron enemas rectales (dos) para evacuación de heces ya que presentó estreñimiento posterior a esto persistía el dolor abdominal acompañado de distensión abdominal y náusea el día 3 de enero razón por la cual le realizaron una laparotomía*<sup>¼</sup>°. También se menciona en la referida historia clínica del Hospital Metropolitano que el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres fue intervenido quirúrgicamente el 11 de enero de 2017, encontrándose lo siguiente: <sup>a</sup>¼ *3.- perforación del colon de aproximadamente 1 cm de diámetro a nivel de la unión recto sigma. 4.- Absceso pélvico en fondo de saco recto vesical emplastronado con intestino delgado, colon y epiplón que contiene aproximadamente 100 cc de pus y heces fecales°.*

Corresponde en este punto analizar la declaración hecha por el perito en la audiencia de juicio, cuya declaración se puede escuchar en el audio a partir de 1h34, el mismo que consta agregado al proceso. En la referida declaración el perito indica exactamente el sitio en que se produjo la perforación (1h40) así como el lugar físico en que se realizó la intervención que produjo dicha perforación (1h43). A continuación el perito hace un recuento cronológico de lo sucedido en el Hospital General del IESS en Ambato, poniendo énfasis en que el 30 de diciembre de 2016 se realizaron los enemas vacuantes y para el 01 de enero de 2017 el paciente ya estaba en malas condiciones, por lo que el 04 de enero de 2017 el paciente fue sometido a una nueva intervención en donde encontraron puz y heces fecales, realizaron la limpieza, no encontraron la perforación y han decidido cerrar, limitándose a poner 2 drenajes por donde continuaba saliendo puz y heces fecales. Más adelante (1h51) el perito describe la sonda que ha sido utilizada para realizar los enemas vacuantes en la sala de emergencias del Hospital del IESS en Ambato, concluyendo que fue demasiado grande y rígida, lo que provocó la perforación del recto. Continúa el perito manifestando que el 07 de enero de 2017 se ha realizado una tomografía, la misma que debía ser hecha por tres vías, pero en el presente caso solo se ha hecho con doble contraste; y, es en ésta tomografía donde se ha detectado la perforación en el recto, ante lo cual los galenos han preguntado a los familiares del paciente a cuál de las 2 opciones que les presentaron se acogían, optando los parientes por la nutrición parental, lo que ocasionó un mayor deterioro en el paciente, pues afirma el perito que lo único que cabía en ese caso era ser tratado quirúrgicamente. Finalmente el perito menciona que el 10 de enero de 2017 el paciente estaba en muy mal estado, por lo que han decidido intervenir quirúrgicamente, pero en ese momento los familiares del paciente

solicitaron el alta voluntaria. Es importante señalar que el perito de manera categórica afirma en la audiencia de juicio (2h02) que la perforación del recto no es el problema ya que eso puede suceder a cualquiera, y ha sucedido así hasta en los países desarrollados, agregando que *“el problema es que no se dieron cuenta, no le diagnosticaron la perforación, incluso en la segunda intervención no encontraron la perforación (1/4) incluso cuando ya diagnosticaron el 07 de enero, no hicieron el tratamiento que correspondía”*. Sobre este tema, el perito menciona en su declaración (2h06) que *“debía cerrarse la perforación en menos de 8 horas, caso contrario la infección sigue y llega a la sepsis”*. Al contestar las preguntas formuladas por la defensa técnica del accionante (2h08) respecto a la opción que han dado los galenos a los familiares del paciente para ver cuál es el tratamiento a seguir, el perito manifiesta que se debía operar y que si hubiera estado en su lugar, él hubiera operado y luego hubiera comunicado del particular a los familiares del paciente. En lo referente a la pregunta formulada referente al profesional que debía interpretar la tomografía, el perito señala: *“Debe interpretar el imaginólogo y emite un informe que debe constar en la historia. En este caso no hubo informe de ningún imaginólogo”*. A continuación el perito respondió las preguntas hechas por el abogado del IESS, y respecto a la segunda intervención realizada al paciente (2h12) el perito manifestó: *“no debía cerrar, debía encontrar la causa de la puz y heces fecales”*. Más adelante el abogado del IESS preguntó al perito si a su criterio el IESS hizo todo lo que estuvo a su alcance y si utilizó los medios adecuados, ante lo cual el perito responde que *“se debía encontrar la causa de la puz y las heces fecales”*. También el abogado del IESS preguntó si la perforación del recto es un riesgo permitido, ante lo cual el perito respondió (2h14) que *“la perforación es una posibilidad”*, y que puede suceder hasta en los mejores hospitales. Finalmente el perito manifestó (2h15) que en el Hospital General del IESS en Ambato seguían haciendo enemas al paciente a pesar de que había una perforación.

De lo expuesto se colige con meridiana claridad que en el presente caso se ha demostrado conforme a derecho las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que ocasionaron un daño al señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, al haberse probado la causa directa de las lesiones y daños fisiológicos que afectaron y alteraron sus condiciones de vida, padecimiento éste que sin duda no estaba en la obligación jurídica de soportar. En efecto, en lo relacionado a la causalidad material, en la especie se ha demostrado que el deterioro de salud del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres se produjo como consecuencia de la negligencia del Hospital General del IESS en Ambato al momento de diagnosticar y tratar la perforación del recto; es decir, el daño se produjo como consecuencia directa de las omisiones negligentes de la casa de salud y que causaron un dolor innecesario al perjudicado. En lo que respecta a la deficiencia en la prestación del servicio público de salud y a la imputación jurídica del daño, ha quedado demostrado que en la cirugía de 04 de enero de 2017 no se detectó la perforación del recto; que en la tomografía de 07 de enero de 2017 se debió haber hecho

con triple contraste, pero se hizo solamente con doble contraste, omitiendo el rectal que era el idóneo para diagnosticar la perforación del recto; que en la historia clínica del IESS no constan las radiografías, ecos y tomografías que fueron solicitados y que eran necesarios para la detección del mal; que la TAC no fue evaluada por el especialista que el caso ameritaba; que la perforación del recto requería ser tratada quirúrgicamente de manera inmediata, pero hubo una tardanza o demora injustificable en el diagnóstico de dicha perforación y hubo ausencia del tratamiento que esa afectación requería, incumpliendo de esta forma el artículo 362 de la Constitución de la República que establece que la atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales correspondientes bajo los principios de seguridad, calidad y calidez, lo que comprende los procedimientos de diagnóstico y tratamiento necesarios para garantizar la salud e integridad física del paciente. En lo que tiene que ver con la imputación del daño a la persona estatal que la causó, es necesario señalar que las partes procesales han actuado prueba con la que se ha demostrado conforme a derecho que el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres ingresó por segunda vez al Hospital General del IESS de Ambato el 01 de enero de 2017, luego de lo cual sufrió un importante deterioro de su salud, hasta el día 10 de enero de 2017 en que firmó su alta voluntaria; y en tal virtud, no es un hecho controvertido, porque así lo han aceptado las partes procesales, que en el transcurso del tiempo transcurrido entre las fechas antes referidas, el paciente fue atendido en el mencionado Hospital General del IESS de Ambato, que es el lugar en donde se suscitaron los hechos que generaron el daño.

Finalmente, es necesario aclarar que para el análisis del presente caso no se consideró la licitud o ilicitud de los actos o hechos de la administración de salud pública, sino que se analizó la injusticia e ilicitud de los efectos de las omisiones (negligencia) del Hospital General del IESS en Ambato que provocaron un sacrificio individual intolerable del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres. Tampoco se analizó la intencionalidad o culpabilidad de los servidores médicos que intervinieron en este asunto, toda vez que el comportamiento de un servidor es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, pues en materia de deficiencias en la prestación del servicio público de salud, solamente se valora el daño objetivo ocasionado al paciente perjudicado. En efecto, en materia de responsabilidad objetiva estatal, no se requiere *a per se* que la acción u omisión causante del daño sea ilegítima, o que en la misma intervenga el dolo o la culpa, distinguiéndose así de la responsabilidad civil de naturaleza subjetiva. En el caso, con absoluto sustento probatorio constan justificadas todas las deficiencias en la prestación del servicio público de salud por parte del Hospital General del IESS en Ambato, que finalmente ocasionaron el injusto padecimiento y el quebrantamiento de salud del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, confluendo así los presupuestos que determinan la existencia de la responsabilidad objetiva del Estado respecto a los daños causados, y que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportarlo, motivo por el cual el Estado debe reparar los perjuicios provocados.

**3.4.-** En el ámbito de responsabilidad objetiva del Estado se maneja un concepto de reparación integral de los daños, ya que se encuentra en este medio reparatorio una vía idónea, completa y sistémica que permite restablecer eficazmente el equilibrio alterado por el daño, se trata entonces de una forma de reparación especial derivada de la responsabilidad extracontractual del estado, figura del derecho constitucional y administrativo de características propias.

En el Diccionario de la Lengua Española, la palabra reparación significa: *“desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.”*; por otro lado, el calificativo de integral, según el mencionado diccionario, comprende *“todos los elementos o aspectos de algo”*, de lo que se colige, sin lugar a dudas, que la reparación integral no comprende únicamente el clásico resarcimiento patrimonial de índole civil, cuantificable puramente en los detrimentos económicos, sino que por el contrario, abarca un concepto reparatorio amplio que permite una real satisfacción y compensación a la víctima.

A modo referencial, y para efectos de comprender el propósito de la reparación integral, el artículo 86 numeral 3 de la Constitución de la República, establece que la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Así mismo, el numeral 5 del artículo 11 de la Carta Magna dispone que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia; concordantemente el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial al referirse a las normas procesales establece que la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. En virtud de lo expuesto, el mecanismo de reparación integral es perfectamente aplicable legal y constitucionalmente al ámbito de responsabilidad objetiva del estado y, por tanto no resulta privativo del régimen constitucional, ni de la jurisdicción internacional a la que se recurre para el resarcimiento de las víctimas por violación de sus derechos humanos. Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia ha determinado que la reparación integral es el principal objetivo del derecho de daños: *“Así las cosas, el principal objetivo del derecho de daños consiste en reparar integralmente la afectación padecida por la persona en su vida, integridad o bienes, razón por la que a la hora de valorar la misma es necesario establecer e identificar si es posible que opere la restitutio in integrum y, de ser factible, adoptar las medidas deprecadas en la demanda o que, dependiendo de caso concreto puedan ser decretadas de oficio por el juez- tendientes a que se restablezca el statu quo o estado de cosas anterior a su producción. Es*

*decir, llevar a la víctima de un daño antijurídico a un estado como si no se hubiera producido, o en otros términos remover los efectos negativos que el mismo desencadena*<sup>o</sup>. (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 14 abril de 2010). En esa línea, vale citar al autor Barros Bourie, en su obra, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, página 246, cuando manifiesta que: *a La reparación en naturaleza puede obtenerse en la forma de una prestación directa del demandado, que tiene por objeto restituir a la víctima a la situación anterior al daño, o una suma de dinero que permita al actor incurrir en los gastos necesarios para efectuar por sí mismo la restitución. En casos de daños a las cosas o de daños corporales, lo usual es que la restitución no resulte de una actividad restitutoria emprendida por el propio responsable, sino que asuma la forma de una indemnización en dinero, calculada de modo que permita a la víctima la curación de su daño corporal o la reparación o sustitución de la cosa dañada o destruida*<sup>o</sup>.

Queda claro entonces que existen dos formas de reparación: a) la generada por los menoscabos materiales, entendida como daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante); y, b) la generada por la afectación inmaterial, que implica la compensación por el daño moral padecido. Cuando el daño es de carácter patrimonial la reparación por estos menoscabos se traduce en una indemnización pecuniariamente apreciable, mas sí el perjuicio trasciende a los bienes materiales del afectado, estamos frente a un daño de naturaleza invaluable, en que no existen parámetros definidos para establecer dichas reparaciones, y que en todo caso son fijados por el juzgador en base a la prudencia y la sana crítica.

**3.5.- REPARACIÓN MATERIAL.-** En lo que se refiere a la reparación material, en primer lugar se analizará el daño emergente y los factores de determinación del daño antijurídico.

**3.5.1.- DAÑO EMERGENTE.-** Consta en el proceso la documentación de alta voluntaria del Hospital General del IESS en Ambato así como la documentación referente al registro y admisión del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres en el Hospital Metropolitano de Quito, su epicrisis, examen físico, así como la descripción de la intervención quirúrgica realizada (fojas 39 a 53). En el informe pericial que obra del proceso (fojas 54 a 59) el perito señala que el 11 de enero de 2017 el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Metropolitano de Quito, el 24 de enero fue dado de alta, el 19 de abril re ingresa al Hospital Metropolitano para la cirugía definitiva, el 20 de abril es intervenido para restituir el tránsito intestinal, el 27 de abril es dado de alta. Agrega el perito en su informe que *a Estimo que la recuperación de su estado nutricional y la normalización de su tránsito intestinal, llevará de 3 a 6 meses a partir de esta fecha*<sup>1/4</sup> <sup>o</sup> (23 de junio de 2017).

La parte actora ha anunciado en el escrito de demanda y en la audiencia preliminar prueba documental consistente en facturas y comprobantes de venta, prueba ésta que ha sido debidamente admitida y que

evidencia que el actor ha experimentado una pérdida o disminución efectiva de su patrimonio, en razón de que las mencionadas facturas tienen relación directa con los daños y perjuicios reclamados y que han sido emitidas dentro del período de recuperación fijado en el informe pericial, configurándose así su derecho a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios, por lo que es procedente que el Tribunal de esta Sala Especializada las analice y valore por ser útiles, conducentes y pertinentes para demostrar el daño emergente, como en efecto se hace a continuación:

**FACTURAS EMITIDAS POR EL HOSPITAL METROPOLITANO**

<b>CONCEPTO</b>	<b>FECHA</b>	<b>FOJA</b>	<b>VALOR USD \$</b>
Honorarios	24 ± I - 2017	93	981,77
Instrumental	30 ± I - 2017	94	52,20
Servicios, medicamentos	24 ± I - 2017	95	15.987,25
Insumos	21 ± III - 2017	98	15,48
Servicios, Medicamentos	27 ± IV - 2017	101	11.435,48
		<b>TOTAL</b>	<b>28.472,18</b>

**FACTURAS EMTIDAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD**

<b>CONCEPTO</b>	<b>FECHA</b>	<b>FOJA</b>	<b>VALOR USD \$</b>
Atención médica	11 ± I - 2017	90	6.000
Anestesia	11 ± I - 2017	91	618,46
Atención médica	19 ± I - 2017	92	363,31
Aplicación anestesia	20 ± IV - 2017	99	385,61
Atención médica	3 ± V - 2017	102	3.500
Atención médica	6 ± VI - 2017	112	1.000
Control médico	16 ± VI - 2017	113	60
		<b>TOTAL</b>	<b>11.927,38</b>

**FACTURAS EMITIDAS POR FARMACIAS**

<b>CONCEPTO</b>	<b>FECHA</b>	<b>FOJA</b>	<b>VALOR USD \$</b>
Suministros y provisiones	4 ± II - 2017	96	100
Suministros y provisiones	21 ± VI - 2017	96	33,10
Suministros y provisiones	2 ± III - 2017	97	5,04

Suministros y provisiones	25 ± IV ± 2017	100	12,61
Suministros y provisiones	8 ± V ± 2017	104	8,95
Suministros y provisiones	17 ± V - 2017	106	30
Suministros y provisiones	23 ± V - 2017	108	17,75
Suministros y provisiones	2 ± VI - 2017	111	8,64
Suministros y provisiones	17 ± VI - 114	114	1,85
		TOTAL	217,94

FACTURAS EMITIDAS POR LABORATORIOS CLÍNICOS

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD \$
Exámenes	17 ± V - 2017	107	40
Exámenes	20 ± VI - 2017	109	60
Exámenes	23 ± VIII - 2017	110	30
		TOTAL	130

OTROS

CONCEPTO	FECHA	FOJA	VALOR USD \$
Transporte ambulancia	10 ± V - 2017	105	640

GASTOS DE DEFENSA TÉCNICA

En el escrito de demanda (fojas 140 a 168), numeral 3.4, acápite 127, se ha fijado por gastos de defensa técnica la cantidad de USD \$ 10.000, lo que incluye los honorarios profesionales, los costos de las pericias practicadas y la práctica de las pruebas. El escrito de demanda está suscrito por el actor y por los abogados que integran el equipo de su defensa técnica, lo que evidencia el acuerdo al que han llegado respecto a este rubro. El Tribunal de esta Sala Especializada considera que el referido monto es proporcional a la dificultad en la defensa de esta causa, al tiempo que ha tomado el patrocinio judicial (casi 3 años), a los rubros que incluye (honorarios profesionales y pago de peritajes), y verifica además que el acuerdo entre el actor y sus abogados patrocinadores se encuentra dentro de los parámetros establecidos en el artículo 42 de la Ley de Federación de Abogados en concordancia con lo previsto en el artículo 331.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que se determina que el reconocimiento de este rubro es procedente toda vez que el actor se vio

obligado a litigar para reclamar sus derechos, y en consecuencia se trata de un gasto que no estaba en la obligación de soportar.

Por lo antes expuesto, la reparación que el IESS debe pagar por los menoscabos materiales sufridos por el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres por concepto de daño emergente, está compuesto por los siguientes rubros:

#### DAÑO EMERGENTE

GASTOS DEMOSTRADOS	VALOR USD \$
Hospital Metropolitano	28.472,18
Honorarios médicos	11.927,38
Farmacias	217,94
Laboratorios clínicos	130
Transporte ambulancia	640
Patrocinio judicial y peritajes	10.000
<b>TOTAL</b>	<b>51.387,5</b>

**3.5.2.-** Respecto a las 2 facturas constantes a foja 103 del proceso, la una emitida por consumo de gasolina, y la otra en la que no se puede identificar el concepto por el cual se ha emitido, se debe señalar que el actor no ha logrado demostrar la relación que estos gastos tienen con el daño emergente analizado, por lo que no se las considera.

Tampoco se valora a efectos de cuantificar el daño emergente, la venta del vehículo que ha efectuado una de las hijas del accionante, así como el préstamo que la mencionada hija ha realizado en una institución del sistema financiero, pues no se ha demostrado la relación que pueda existir entre esos actos mercantiles y el daño ocasionado por la institución pública demandada al señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres.

En lo que corresponde a la perforación del recto, y por el cual el actor reclama el valor del USD \$ 80.000, es indispensable remitirnos a lo expuesto en la audiencia de juicio por el perito designado en esta causa, a fin de determinar si conforme a la *lex artis* existió un daño que debió o no debió soportar el accionante dentro del riesgo permitido en las ciencias médicas. Al respecto se verifica que en la mencionada audiencia de juicio el perito manifestó expresamente que la perforación del recto es una posibilidad (evento) a la que está expuesta el paciente; es decir, el propio perito ha determinado que la referida perforación del recto es un riesgo permitido, más aún si el mismo perito señaló de manera expresa que el galeno del IESS a cargo de la intervención quirúrgica del 04 de enero de 2017 <sup>a</sup> hizo

todo lo posible°. Para analizar la prueba en su conjunto, es necesario también remitirnos al Informe pericial constante en el oficio No. 009-MAC-PC de 23 de junio de 2017 (fojas 54 a 59 del proceso), que en lo relacionado a la perforación del recto, el perito concluye expresamente que: <sup>a</sup> *dicha perforación no se diagnosticó a tiempo y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo*<sup>1/4</sup>°. Confrontada que ha sido la declaración del perito en la audiencia de juicio con su Informe pericial, y haciendo un análisis debidamente contextualizado de los elementos probatorios, el Tribunal de esta Sala Especializada determina que la deficiencia en la prestación del servicio público de salud en el Hospital General del IESS en Ambato no consiste en la perforación del recto (porque según la *lex artis* es un riesgo permitido), sino el hecho cierto e incontrovertible de que dicha perforación no fue diagnosticada a tiempo ni fue tratada de manera oportuna, lo que ocasionó el deterioro en la salud del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres. En tal virtud, la perforación del recto por sí sola no es un evento indemnizable en este caso específico, más sin embargo, la tardanza y desidia (negligencia) mostrada al momento de diagnosticar y tratar el mal que estaba poniendo en riesgo la vida del paciente, es el evento que debe ser indemnizado.

**3.5.3.- LUCRO CESANTE.-** En lo que respecta al lucro cesante se debe considerar que como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas, curaciones y tratamiento a las que fue sometido el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, éste tuvo que estar hospitalizado por un tiempo, y guardar reposo por un largo período, lo que obviamente afectó su profesión de técnico automotriz toda vez que estaba imposibilitado de realizar fuerza física, lo que ocasionó que dejara de percibir los ingresos necesarios para su congrua supervivencia. Se ha probado en el proceso que el 01 de enero de 2017 el accionante ingresó al Hospital General del IESS en Ambato, y luego de haber sido trasladado, el 27 de abril de 2017 fue dado de alta del Hospital Metropolitano. Además, en el informe pericial constante en el proceso el perito ha determinado lo siguiente: <sup>a</sup> *Estimo que la recuperación de su estado nutricional y la normalización de su tránsito intestinal, llevará de 3 a 6 meses a parte de esta fecha* <sup>1/4</sup>°, debiendo señalarse que el mencionado informe pericial fue emitido el 23 de junio de 2017. De lo anterior se colige que el accionante estuvo imposibilitado de trabajar desde enero hasta diciembre de 2017 (12 meses). Se verifica que en el proceso consta la declaración del impuesto a la renta del año 2016 del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, de la que se desprende que su ingreso anual es de USD \$ 5.173,26, por lo que su ingreso mensual a esa época es de USD \$ 431,105. Si multiplicamos el valor que el accionante debió haber ganado mensualmente por el número de meses en los que estuvo imposibilitado de laborar, obtenemos el valor por lucro cesante, que es de USD \$ 5.173,26.

**3.6.- REPARACIÓN INMATERIAL.-** En lo que respecta a la reparación inmaterial, la entrega de dinero cumple una finalidad compensatoria, en satisfacción del bien del que ha sido privada la víctima, por lo que debe considerarse los menoscabos morales sufridos, que en el caso sin lugar a

dudas ocurrieron respecto al señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres por las secuelas negativas que en los diferentes ámbitos de su vida tuvo que soportar. Consta a fojas 75 a 88 del proceso el Informe Psicológico Pericial suscrito por la psicóloga clínica Zoraya Bohórquez Ruiz (acreditación No. 1035325), que concluye lo siguiente: *“El Sr. Marcelo Lautaro Yáñez Torres presenta alteraciones psicológicas que afectan sus esferas afectivas y volitivas que limitan su capacidad de goce individual familiar, laboral, social y/o recreativa, lo que se conceptualiza como daño psíquico. Dichas alteraciones se evidencian en la ansiedad, sufrimiento y excesiva preocupación acerca de su salud física y de la situación económica por la que atraviesan él y su familia (1/4) de igual forma se evidencia una afectación en la capacidad para tomar decisiones especialmente las relacionadas a temas de salud. Esta situación tanto física como mental ha limitado su capacidad para disfrutar de su familia, de las satisfacciones que le daba su trabajo y de la posibilidad de compartir con amigos y vecinos actividades cotidianas de esparcimiento. El daño psíquico es una consecuencia del deterioro de salud física del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres”*<sup>1/4</sup>. Una vez que se ha verificado el daño moral sufrido por el accionante y considerando las dificultades posteriores a su permanencia en el hospital hasta retomar la normalidad de su actividad laboral y profesional, el Tribunal de esta Sala Especializada ha determinado como prudente y justa la siguiente medida de reparación: Una compensación económica consistente en un monto equivalente a lo que ganaba el accionante mensualmente (USD \$ 431,105) multiplicado por el número de meses en los que el accionante tuvo que padecer ansiedad y sufrimiento y que limitaron su capacidad para disfrutar de las satisfacciones que le daba su trabajo (12 meses), dando como resultado el valor a cancelar de USD \$ 5.173,26.

**3.7.-** Conforme lo determinado en los numerales 3.5.1, 3.5.3 y 3.6 de esta sentencia, para determinar el *quatum* de la reparación se ha considerado los menoscabos materiales ocasionados por el daño producido (daño emergente y lucro cesante), así como la generada por la afectación inmaterial, que implica la compensación por el daño moral padecido, dando el total de SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA CON DOS CENTAVOS (USD \$ 61.734,02), de conformidad al siguiente detalle:

#### REPARACIÓN TOTAL

CONCEPTO	VALOR USD \$
Daño emergente	51.387,5
Lucro cesante	5.173,26
Daño moral	5.173,26
<b>TOTAL</b>	<b>61.734,02</b>

**IV.- DECISION**

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA:** **4.1.-** Acepta el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del IESS de Tungurahua por los cargos formulados al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP. **4.2.-** Acepta parcialmente el recurso de casación planteado por el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres exclusivamente por los vicios acusados al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP; y, en consecuencia, casa la sentencia expedida el 30 de mayo de 2018 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato dentro del juicio N° 018803-2017-00297. **4.3.-** De conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 273 del COGEP se dicta la sentencia de mérito en los términos establecidos en el numeral III de la presente resolución. **4.4.-** Se acepta parcialmente la demanda interpuesta por el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres declarándose la responsabilidad objetiva del Hospital General del IESS en Ambato por deficiencias en la prestación del servicio público de salud y se lo condena al pago de la siguiente reparación integral: daño material: USD \$ 56.560,76; daño inmaterial: USD \$ 5.173,26, resultando una indemnización total de USD \$ 61.734,02 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, monto éste que será pagado en el plazo de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015.- **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, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. ALVARO OJEDA HIDALGO.**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, jueves 16 de julio del 2020, las 08h39. **VISTOS.-** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial **emito mi voto salvado concurrente**; toda vez mi desacuerdo es únicamente con que considero que en la parte final del punto 3.5.1 debería suprimirse el párrafo de: *“Gastos de defensa técnica. En el escrito de demanda (fojas 140 a 168), numeral 3.4, acápite 127, se ha fijado por gastos de defensa técnica la cantidad de USD. \$ 10.000, lo que incluye los honorarios profesionales, ¼ se trata de un gasto que no estaba en la obligación de soportar.”*; por lo que en el cuadro de daño emergente se suprime el rubro patrocinio judicial y peritajes - 10.000, y el total es de 41.387,5. Y que al final del punto 3.6 después de: *“dando como resultado el valor a cancelar de USD \$ 5.173,26.”*, se debería agregar el siguiente texto: *“, al cual se le agregará también USD. 10.000 por las alteraciones psicológicas que han afectado sus esferas afectivas y volitivas, que sin duda han repercutido negativamente también en su vida familiar y social. Dando como resultado global por reparación inmaterial la suma de USD. 15.173,26”*, por lo que en el cuadro de reparación total el valor del daño emergente es de 41.387,5 y el de daño moral es de 15.173,26. Por tanto, en el punto 4.4 de la parte resolutive, se dirá: *“daño material: USD. \$ 46.560,76; daño inmaterial: USD \$ 15.173,26, resultando una indemnización total de USD. \$ 61.734,02 dólares¼”*. Notifíquese, devuélvase, publíquese.-

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**

127740824-DFE

Juicio No. 11804-2018-00292

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, jueves 16 de julio del 2020, las 10h27. **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)** 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 16h17, 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; **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)** Mediante auto de 11 de febrero de 2020, el doctor Iván Larco Ortuño, Juez Nacional Encargado, aceptó la referida excusa; **f)** Con auto de 12 de febrero de 2020, el doctor Alvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, resolvió no aceptar la excusa presentada; **g)** Por no existir acuerdo de mayoría respecto a la excusa presentada, se llamó al doctor Fernando Ortega Cardenas, Conjuez Nacional, previo sorteo de ley; **h)** Mediante auto de 13 de febrero de 2020, el doctor Fernando Ortega Cardenas, Conjuez Nacional, aceptó la excusa presentada; **i)** Con auto de 13 de febrero de 2020, por haberse aceptado la excusa, conforme a lo dispuesto en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial se dispuso se oficie a la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia para que previo sorteo de ley llame al Conjuez Nacional que corresponda; **j)** el 14 de febrero de 2020, las 10h00, se procedió a sortear la causa entre las y los

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
QUITO  
0604396299  
1709039026

Conjueces hábiles de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, correspondiendo su conocimiento a la doctora Hipatia Ortiz Vargas, Conjueza Nacional; **k)** Mediante oficio s/n de 14 de febrero de 2020 la doctora Hipatia Ortiz Vargas, Conjueza Nacional, solicitó licencia a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia por los días 17 y 18 de febrero de 2020; **l)** Con oficio No. 097-P-CNJ-2020 de 14 de febrero de 2020, la doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, concedió la licencia solicitada; **m)** Mediante oficio No. 296-SG-CNJ-ROG de 14 de febrero de 2020, la doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, llamó al doctor Fernando Ortega Cárdenas, para que reemplace a la doctora Hipatia Ortiz Vargas, Conjueza Nacional; **n)** 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 26 de febrero de 2019, los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en la ciudad de Loja, dentro del juicio No. 11804-2018-00292, deducido por el Consejo de la Judicatura en contra del arquitecto Rodrigo Alfonso Aguirre Aguirre, por mayoría resolvieron: *“ (1/4) declara sin lugar la demanda y ordena el archivo del proceso, aclarando que esta decisión no produce efecto de cosa juzgada material (1/4)° .*

**1.2.-** El doctor Pedro José Crespo Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura, con escrito presentado el 22 de marzo de 2019, interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, con fundamento en el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

**1.3.-** Con auto de 7 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 Código Orgánico General de Procesos, por falta de motivación de la sentencia recurrida.

**1.4.-** Mediante auto de sustanciación de 17 de enero de 2020, las 14h56, el Juez Nacional Ponente convocó a las partes para el día 17 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).

**1.5.-** 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 por medio de su Procuradora Judicial, la doctora Astrith Iliana Cuenca Gonzaga. Luego de escuchar los argumentos de las partes esta Sala Especializada pronunció su resolución oral y 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 expedida el 26 de febrero de 2019, por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 11804-2018-00292, adolece del vicio acusado por el recurrente, esto es, falta de motivación de la sentencia por el caso dos del artículo 268 del COGEP. De comprobarse el yerro en la sentencia recurrida, se emitirá el fallo de mérito que corresponda.

**2.3.- Respecto del caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.-** El recurrente en su recurso de casación sostiene: *<<(1/4) El Tribunal Contencioso, (sic) Administrativo y Tributario con sede en el cantó Loja, hace una errada argumentación a fin de sustentar la excepción previa planteada por el accionado. (1/4) en el Contrato de Consultoría No. 108-2011, tanto el Consejo de la Judicatura como el señor Rodrigo Alonso Aguirre Aguirre, convinieron en forma clara a (sic) otorgar a la jurisdicción voluntaria pactada, esto es a los medios alternativos de resolución de conflictos, un carácter facultativo u optativo, más no de imperativo. Del contrato de consultoría, se evidencia que no existe convenio que tenga carácter de (sic) imperativo (obligatorio) de tal forma que obligue a las partes a agotar previamente los medios alternativos de resolución de conflictos (arbitraje, mediación) pues, como se reitera, tal convenio es optativo, en la forma como consta en el texto de la cláusula vigésima cuarta del referido contrato de consultoría. (1/4) debo señalar que en la segunda parte de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Consultoría No. 108-2011, las partes han convenido los términos en que se desarrollará la "Mediación" y el "Arbitraje", estos medios alternativos de solución de conflictos resultan aplicables únicamente en el caso de que las partes opten por estos medios alternativos de solución de conflictos y no decidan recurrir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que el artículo 1580, del Código Civil, en su Título XIII, de la interpretación de los contratos, señala que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al*

*contrato en su totalidad. (1/4) Consejo de la Judicatura, no ha optado por la jurisdicción voluntaria, sino que ha instaurado una acción jurisdiccional directa ante la justicia ordinaria, que es plenamente competente para conocer y resolver el asunto de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el numeral 4, literal d) del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos, no es procedente la excepción previa determinada en el numeral 10 del artículo 153 Código Orgánico General de Procesos. Las disposiciones legales invocadas, han sido flagrantemente violentadas en la sentencia, ya que no han sido invocadas por parte de los Jueces de mayoría (sic) del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón y provincia de Loja, lo cual deriva en falta de motivación y claridad en la decisión adoptada, por cuanto dentro de (sic) contrato de consultoría No. 108-2011, no consta clausula imperativa (obligatoria) que obligue a las partes a agotar previamente los medios alternativos de resolución de conflictos, puesto que la única cláusula que existe al respecto, es una facultativa, optativa, lo cual jamás podría ocasionar que se declare sin lugar la presente demanda, como erróneamente ha sucedido. (1/4) del análisis de la sentencia recurrida, se evidencia que no es razonable, por cuanto no se realiza un análisis constitucional ni legal de lo manifestado por el Consejo de la Judicatura, pues dentro del proceso contencioso administrativo, no se ha demostrado que el contrato de consultoría No. 108-2011, contenga clausula imperativa (obligatoria), bajo la cual el Consejo de la Judicatura se obligue a previo iniciar un proceso judicial, agotar previamente los medios alternativos de resolución de conflictos, por ende, el accionado no pudo probar los argumentos alegados en su contestación a la demanda, de manera específica en la excepción previa planteada ya que no se ha justificado lo aseverado conforme se requiere en derecho. (1/4) los Jueces del Tribunal (1/4) no fundamentaron su decisión en todas las normas atinentes al caso, las cuales fueron invocadas por el Consejo de la Judicatura y fueron puestas en conocimiento del indicado Tribunal. Por lo expuesto, se verifica que la sentencia que recurre, no cumple con el criterio de razonabilidad, por cuanto el análisis y fundamentación de su decisión no se sustenta en las normas pertinentes al caso. (1/4) en la sentencia motivo del presente recurso, el Tribunal no ha considerado los hechos fácticos y los antecedentes expuestos, ya que existe una falta de motivación en la decisión tomada en el presente caso. (1/4) no es clara ni concreta respecto a las cuestiones que debía resolver; pues los Jueces que emitieron el auto interlocutorio, no realizaron un debido análisis de la prueba aportada; así como tampoco han analizado los argumentos tanto de hecho como de derecho expuestos por el Consejo de la Judicatura, esto por cuanto quedó debidamente demostrado que no existe cláusula alguna en el contrato de consultoría No. 108-2011, en la cual el Consejo de la Judicatura, de forma imperativa (obligatoria), se obligue a previo iniciar un proceso judicial, agotar previamente los medios alternativos de resolución de conflictos (mediación, arbitraje); lo que sí existe es una clausula (sic)*

*en la cual el Consejo de la Judicatura han (sic) convenido en forma clara a otorgar a la jurisdicción voluntaria, esto es a los medios alternativos de resolución de conflictos, un carácter facultativo u optativo, más no de imperativo. (1/4)>>.\_*

El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos dispone: <sup>a</sup> **Casos.** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4) 2. Cuando la sentencia o auto (1/4) no cumplan el requisito de motivación°.* Como una garantía básica del debido proceso, el literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. La motivación de la sentencia o auto es la explicación debidamente argumentada con la que los juzgadores exponen claramente las razones para la aplicación de las normas jurídicas pertinentes al caso concreto. La Corte Constitucional ha establecido las características de estos elementos; así, mediante sentencia No. 264-15-SEP-CC, dictada el 12 de agosto de 2015, señaló: *“la razonabilidad implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y en normas legales que sean pertinentes al caso concreto, y que en tal virtud los argumentos del órgano judicial no contradigan estas. Por su parte la lógica exige que las decisiones judiciales se encuentren estructuradas en un orden lógico, es decir, que exista una debida coherencia entre las premisas que conforman una decisión, las cuales deberán guardar relación con la decisión final del caso. Finalmente, la comprensibilidad establece que las decisiones judiciales tienen que ser elaboradas en un lenguaje claro y legible, que pueda ser asimilado efectivamente, no solo por las partes procesales, sino también por toda la sociedad en general. Por tal motivo, debemos tomar en cuenta que toda sentencia o auto se considerará debidamente motivado mientras cumpla con los tres criterios que se deben verificar en relación a la garantía de motivación, teniendo presente que la falta de uno de ellos acarreará la vulneración de la misma y, consecuentemente, del derecho al debido proceso°.*

En la audiencia preliminar efectuada el 21 de febrero de 2019, el Tribunal de instancia resolvió aceptar la excepción previa determinada en el artículo 153 numeral 10 del COGEP que fue propuesta por el demandado. Al respecto el Tribunal Distrital en su sentencia impugnada ha señalado: *<<(1/4) En el contrato No. 108-2011 (1/4) en la cláusula vigésima cuarta titulada “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” (1/4) han acordado las partes, expresamente, someterse a los métodos alternativos de solución de conflictos en caso de suscitarse controversias derivadas del contrato de la referencia, por lo que debemos considerar lo que ordena el Art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuyo texto preceptúa: “La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio*

escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. **Los jueces ordinarios no podrán** conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación<sup>1/4</sup> Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales<sup>o</sup> (1/4) En similar sentido el Art. 8 *ibídem*, se expresa sobre la renuncia al convenio arbitral. Por su parte, el artículo 7 del mismo cuerpo legal preceptúa <sup>a</sup> El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. **En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.** Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días<sup>o</sup> (...) Los apartados aludidos, prohíben a los jueces ordinarios conocer sobre el conflicto materia del convenio, cuando éste exista por escrito entre las partes, lo que se da en el caso que nos ocupa, según la cláusula vigésima cuarta carias veces invocada; asimismo es menester dejar constancia de que no se han dado las circunstancias consideradas en los artículos mencionados, esto es, que no se ha presentado acta de imposibilidad de acuerdo, renuncia al convenio arbitral ni de mediación, ni expresa ni tácita. Al contrario, se ha propuesto la excepción previa prevista en el numeral 10 del Art. 153 del Código Orgánico General de Procesos, razón por la cual, cumpliendo con nuestra obligación de cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios, como lo manda el Art. 130 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, con base en los argumentos anotados en líneas preliminares, se establece que este órgano de justicia ordinaria no puede conocer los hechos y resolver las pretensiones que se encuentran sometidos a otros medios de solución de conflictos a través de una cláusula contractual, concretamente al arbitraje y a la mediación, reconocidos como tales, por el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador. (1/4) el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Art. 160 respecto a la **utilización de mecanismos de solución directa de las controversias, dispone que** las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. Por tratarse la excepción en análisis de aquellas que versan

sobre una cuestión sustancial o de mérito, por tanto insubsanable, nos corresponde observar la Resolución 12-2017 Sobre la Aplicación de las Normas que Regulan la Resolución de Excepciones Previas Conforme lo Previsto en el Código Orgánico General de Procesos, adoptada por la Corte Nacional de Justicia, de 3 de mayo de 2017, publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 21 de fecha 23 de junio de 2017 (¼)>> (Lo resaltado pertenece al texto original).

Siendo que la excepción previa aceptada por el Tribunal de instancia ha versado respecto a la existencia de compromiso arbitral o convenio de mediación, corresponde señalar que el Contrato No. 108-2011 suscrito por el Director General del Consejo de la Judicatura y el arquitecto Rodrigo Alonso Aguirre Aguirre el 26 de octubre de 2011, en su cláusula vigésima cuarta señala: *“ (¼) Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación de la Función Judicial. Para que proceda el arbitraje en derecho, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador. **Convenio Arbitral:** Las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente: **Mediación:** Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de la Función Judicial y Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este procedimiento, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas: **Arbitraje:** 1. El arbitraje será en Derecho; 2. Las partes se someten al Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. 3. Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. 4. El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y el reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. 5. Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro; 5. (sic) Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictados por la justicia ordinaria; 6. (sic) La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación; 7. (sic) La sede del arbitraje es la ciudad de Quito; y, 8. (sic) El idioma del arbitraje será el castellano. (¼)° . (Lo subrayado nos corresponde).*

Al respecto esta Sala Especializada verifica que en la sentencia impugnada el Tribunal de instancia considera que la cláusula vigésimo cuarta del contrato tiene un carácter imperativo, no obstante del texto íntegro de esta disposición se observa que es una cláusula facultativa, en la cual se determina que los contrayentes <sup>a</sup> podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias, lo que evidencia que es decisión de los contrayentes someter el conocimiento de la controversia sea en vía jurisdiccional o mediante mecanismos alternativos, sin que pueda exigirse el agotamiento de estos mecanismos alternativos como requisito previo al inicio de la acción contencioso administrativa, tanto más que el contrato suscrito es ley para las partes que han convenido expresamente en una posibilidad que no involucra una obligación, ni restringe el derecho de los contrayentes, concretamente del Consejo de la Judicatura, de acudir a la vía jurisdiccional. Es necesario precisar que los enunciados detallados bajo el inciso primero de la cláusula vigésimo cuarta del contrato son reglas procedimentales respecto de los métodos alternativos para la solución de controversias a los cuales se ciñen las partes siempre y cuando hayan optado por alguno de ellos. En efecto, analizada que ha sido la cláusula vigésimo cuarta del referido contrato, el Tribunal de esta Sala Especializada determina que su primer inciso establece la norma general, según la cual las partes <sup>a</sup> podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias, y los demás incisos que constan a continuación se limitan a regular el procedimiento que se debe adoptar en caso de que las partes hayan optado ir a los medios alternativos de solución de controversias, quedando claro que el primer inciso de manera categórica establece la posibilidad de que eventualmente las partes decidan aplicar los métodos alternativos de solución de controversias. Por otro lado corresponde precisar que el arbitraje en derecho en materia de contratación pública, conforme lo dispone el artículo 190 de la Constitución de la República, requerirá de la autorización previa del Procurador General del Estado, sin embargo de lo cual en la sentencia recurrida no se menciona si efectivamente se contaba o no con dicha autorización para acudir a este mecanismo alternativo de solución de controversias, por lo que efectivamente se evidencia que la sentencia recurrida carece de motivación. Adicionalmente se debe señalar que el Tribunal de instancia rebasa el aspecto procedimental al cuestionar la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para conocer y resolver los juicios en materia de contratación pública, por lo que deja de aplicar el artículo 306 numeral 3 del COGEP concernientes a las acciones de contratación pública, develándose de esta manera que la sentencia impugnada tampoco es razonable, en consecuencia se acepta el recurso de casación por este extremo.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 130 numeral 4 establece la obligación de los jueces de motivar debidamente sus resoluciones y fallos, para lo cual deben enunciar las normas jurídicas en las que se fundan y explicar la pertinencia de su aplicación, situación que en la especie no sucedió, consecuentemente esta norma determina la consecuencia de esta falta de motivación que

es la nulidad de la resolución, lo que guarda concordancia con el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República antes citado.

El tratadista Armando Cruz Bahamonde señala que: *“ Hemos expresado que la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso - y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar; dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad”* (Armando Cruz Bahamonde, *“Estudio crítico del Código de procedimiento civil”*, 2001, página 274). En tal sentido es necesario señalar que de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces tienen el deber genérico de *“ Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente”*, y según lo establecido en el numeral 2 del artículo 130 del mismo cuerpo legal, los jueces tienen la facultad jurisdiccional de *“ Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales”*. Al haberse identificado las repercusiones procesales negativas y de trascendencia que la indebida motivación de la sentencia materia de análisis ha ocasionado, este Tribunal de Casación verifica que existe motivo suficiente para declarar la nulidad de la sentencia cuestionada a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, conforme lo preceptuado en los artículos 75 y 76 numeral 1 de la Constitución de la República. 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, en consecuencia declara la nulidad de la sentencia emitida el 26 de febrero de 2019 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en la ciudad de Loja, así como de la audiencia preliminar desarrollada el 21 de febrero de 2019, disponiendo que se devuelva el proceso a fin de que un nuevo Tribunal lo conozca desde el punto en que se produjo la nulidad, esto es, a partir de fojas 256 del proceso, sustanciándolo con arreglo a derecho. 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**

Juicio No. 17741-2013-0042

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)  
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO.** Quito, lunes 20 de julio del 2020, las 12h44. 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. 17741-2013-0042 correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia de la Jueza Nacional Maritza Tatiana Pérez Valencia; d) mediante providencia de 24 de septiembre de 2013, el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo aceptó la excusa propuesta por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, designándose en su defecto al Conjuez Nacional doctor Héctor Mosquera Pazmiño; e) en virtud de la cesación del referido Conjuez que se produjo con motivo de la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, con providencia de 30 de octubre de 2018 la Jueza Nacional abogada Cynthia Guerrero Mosquera, solicitó se designe a un nuevo Conjuez para integrar el Tribunal que conocerá y resolverá esta causa, correspondiéndole al doctor Patricio Secaira Durango; f) la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG y No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjueces Nacionales doctores Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño respectivamente, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctores Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; g) mediante providencia de 29 de enero de 2020 el doctor Patricio Secaira Durango, Juez Nacional (E) quien asumió la ponencia de la presente causa, solicitó a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia designe un Conjuez Nacional para completar el respectivo Tribunal, respecto a lo cual mediante acta de sorteo de 04 de febrero de 2020 se designó a la Conjueza Nacional doctora Hipatia Ortiz Vargas. En virtud de lo cual avocamos conocimiento de la presente causa, y encontrándose la misma en estado de resolver, para hacerlo se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- Mediante sentencia de 09 de diciembre de 2010, la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, resolvió: <sup>a</sup>1/4 en el presente caso no aparecen ni en la demanda ni en la prueba, elementos de juicio necesarios para determinar la cantidad que se reclama por lucro cesante; y, que eventualmente se podrá mandar a pagar. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Guayas <sup>a</sup> Administrando Justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y leyes de la República<sup>o</sup> conforma en estos términos el fallo venido en grado<sup>o</sup>.

2.2.- El Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Guayaquil, interpusieron recurso de casación en contra de la sentencia referida en líneas anteriores, con fundamento en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- Mediante auto de 18 de agosto de 2011, el Tribunal de Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación presentado por la entidad municipal respecto a la causal acusada.

2.4.- La Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia mediante auto de 21 de noviembre de 2012 se inhibió de conocer la presente causa al considerarse incompetente en razón de la materia, por lo que de conformidad con la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial dispuso se remita el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

3.- **COMPETENCIA:** En virtud de la inhibición referida, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República, numerales 1 y 2 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación, al tratarse de una controversia relativa a la contratación pública, las misma es propia de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que procede remitirse al supuesto previsto en la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial; en consecuencia, acepta la inhibición de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia y se declara competente en razón de la materia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto

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 sentencia o auto materia del recurso por parte de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como

por las salas de las cortes provinciales.

La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia. (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.- Con dicho antecedente, ya en cuanto a lo medular de la presente impugnación, la resolución del recurso de casación propuesto está orientado a decidir si la sentencia expedida el 09 de diciembre de 2010, por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, incurre en el cargo acusado, estos es: causal cuarta - por cuanto se ha omitido resolver todos los puntos de la litis.

7.- SOBRE LA CAUSAL ACUSADA POR LA ENTIDAD RECURRENTE:

7.1.- CAUSAL CUARTA.- Esta causal contiene el denominado fenómeno procesal de incongruencia genérica, puesto que el fallo no coincide con la solicitud de las partes, respecto a lo cual se trabó la litis, es decir, sobre todo aquello en que se desarrolló el debate judicial; violación ésta que desequilibra la igualdad procesal. Dicha causal se constituye por tres modos o formas: a) plus o ultra petita: cuando se otorga más de lo pedido; b) extra petita: cuando se otorga algo distinto a lo pedido; y, c) citra petita: cuando se deja de resolver sobre algo pedido.

8.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO: La entidad recurrente con propósitos de fundamentar la causal invocada, en lo pertinente sostiene que: <sup>a</sup>La Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al resolver ratificar el fallo del inferior manda que el demandado pague a la M.I. Municipalidad de Guayaquil, los daños y perjuicios, que los mismos serán liquidados por cuerda separada en juicio verbal sumario, es decir, dos juicios para lo mismo, contradiciendo el principio de celeridad en la administración de justicia. La sentencia materia de cuestionamiento dispone que, el objeto de la demanda, esto es, la cuantificación y liquidación de los daños y perjuicios se establezcan verbal y sumariamente por cuerda separada decisión que, a más de ser ilegal, conforme lo ha quedado expresado, le ocasiona a la actora

la M.I. Municipalidad de Guayaquil, perjuicio, pues existe omisión de resolver uno de los puntos principales de la litis que es el disponer que se liquiden los daños y perjuicios en la misma causa. En la prueba practicada aparecen elementos de juicio para determinar la cantidad que reclama la M.I. Municipalidad de Guayaquil. 1. Contrato Obra CPUP-051-97 que fue incumplido. 2. En el mismo contrato, en la cláusula décima consta la multa por el retraso en la conclusión de la obra. 3. Informe económico que da cuenta de los valores pagados por la M.I. Municipalidad de Guayaquil al contratista. 4. La constitución en mora del demandado conforme lo determina el artículo 1573 del Código Civil en concordancia con el Art. 97 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, conforme lo demostramos, existen elementos de juicio suficientes para determinar el valor que por concepto de daños y perjuicios debe pagar el demandado a la M.I. Municipalidad de Guayaquil, y debió observarse lo dispuesto en la primera parte del Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, que es aplicable por ser compatible con la Ley de Contratación Pública, vigente a la época en la materia que nos ocupa y que señala: <sup>a</sup> Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en las misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar<sup>o</sup>, sin recurrir a una nueva acción que ocasiona perjuicios a nuestra representada<sup>o</sup>.

#### 9.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA ESTE TRIBUNAL PARA RESOLVER:

La entidad recurrente con fundamento en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación sostiene que la sentencia impugnada ha omitido pronunciarse sobre el objeto de la controversia, específicamente en lo que tiene relación a la determinación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, dicha pretensión, se consignó específicamente en el líbello inicial, sin embargo, en la parte resolutive del fallo se ha decidido que los valores resultantes de daños patrimoniales deberán liquidarse en juicio verbal sumario; tal omisión es la que a criterio del casacionista configura el vicio acusado.

Ahora bien, para efectos de circunscribir el debate casacional, es propicio remitirse al pronunciamiento emitido en la sentencia expedida el 09 de diciembre de 2010 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que en lo concerniente a los argumentos de la impugnación que nos ocupa, en lo principal señaló: <sup>a</sup>TERCERO.- Revisado el expediente se realizan las siguientes observaciones: a) Con las fotocopias certificadas de las escrituras públicas obrantes de fs. 18 a 81, se ha justificado la existencia del contrato de construcción No. 51.97 CPUP, para la ejecución de la obra <sup>a</sup>Rehabilitación del parque ecológico Estrada (Alameda Malecón del Salado) Malecón del Salado: Desde Puente de Ingreso a la Universidad de Guayaquil hasta Avenida Delta de esta ciudad de Guayaquil, celebrado entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y el demandado Arq. Walter Freddy León García, suscrito el 01 de junio de 1998, en el cual se encuentra explícitamente

determinado el objeto del contrato, las obligaciones de cada uno de los contratantes, su forma de ejecución, plazos, informes, multas, costo del contrato y forma de ejecución, plazos, informes, multas, costo del contrato y forma de pago. Debiendo acotarse que en su Cláusula Vigésima Séptima, que trata sobre las causales para la terminación anticipada y unilateral del contrato, se confiere el derecho a la parte contratante a declarar terminado, anticipada y unilateralmente el contrato, entre otras por la siguiente causa: <sup>a</sup> a. Incumplimientos del contratista<sup>o</sup>; b) A fojas 17 consta comunicación suscrita por el Supervisor de OOPP.M.M. que data de febrero 19 de 1999, en el cual se informa al Subdirector de dicho departamento, que <sup>a</sup> Mediante inspección realizada al sitio de la obra del contrato de la referencia, se ha podido constatar que los trabajos se encuentran paralizados y en vista de las oportunidades que se ha brindado al contratista para que pueda concluir la obra, solicito a usted, continuar con el trámite de terminación unilateral del contrato de la referencia<sup>o</sup>. Tal circunstancia es comunicada por el Director de Obras Públicas Municipales al Alcalde Guayaquil (e) Luis Chiriboga Parra mediante oficio que data de 24 de febrero de 1999 (fs. 16) quien su vez en comunicación de fs. 15 le solicita al Procurador Síndico Municipal <sup>a</sup> iniciar el trámite de terminación unilateral del contrato suscrito entre esta M.I. Municipalidad y el Ing. Walter León García<sup>¼</sup> <sup>o</sup>: constatando de fs. 13 y 14 comunicación e informe económico del contrato objeto de la demanda, así como el informe jurídico remitido al Alcalde de Guayaquil por el Procurador Síndico Municipal (e) (fs. 11-12) en cuyas conclusiones se indica que: <sup>a</sup> <sup>¼</sup> esta Asesoría Jurídica Municipal, es de la opinión que su puede la M.I. Municipalidad de Guayaquil dar por Terminado Unilateralmente el Contrato de Obra que se indica por incumplimiento del Contratista antes nombrado; y proceder por intermedio de las correspondientes Direcciones. a: 3.1. Establecer el avance físico de la obra; 3.2. Realizar la liquidación financiera y contable; 3.3. Ejecutar las garantías de fiel cumplimiento, de anticipo en la parte que corresponda y los intereses del fondo de garantía; y, 3.4. Demandar la indemnización de daños y perjuicios ocasionados<sup>¼</sup> <sup>o</sup>; c) A fs. 10 consta comunicación que data el 18 de marzo de 1999, mediante la cual el Alcalde de Guayaquil, León Febres Cordero, le concede al Ing. Walter León García, <sup>a</sup> el plazo de QUINCE (15) días para que remedie o justifique su incumplimiento, en caso contrario, se procederá dar por terminado unilateralmente dicho contrato<sup>¼</sup> <sup>o</sup>; y a fs. 8 a 9 consta la resolución suscrita por el entonces Alcalde de Guayaquil, de fecha 17 de mayo de 1999 mediante la cual se declara unilateralmente la terminación del contrato de obra No. CPUP-051-97, con el Arq. Walter León García con dicha declaratoria en comunicación de fecha 17 de mayo de 1999 y que obra a fs. 7 de los autos; c) El demandado por su parte ha presentado de fs. 123 a 188 una serie documentos varios referentes a comunicaciones y anexos enviadas al Fiscalizador, al Alcalde y al Director de OO.PP.MM., así como el original del <sup>a</sup> libro de obra<sup>o</sup>; los mismos que no justifican haber cumplido dentro del tiempo y en la forma convenida en el contrato objeto de la litis; consecuentemente conforme a lo estatuido en el art. 110 inciso 3ro de la Ley de Contratación Pública, da derecho a la

entidad contratante, entre otras cosas, a demandad la indemnización de daños y perjuicios, los que serán liquidados en juicio verbal sumario, por cuerda separada; en atención a los artículos 843 y 860 del Código de Procedimiento Civil que disponen que se tramiten en juicio verbal sumario de una sola instancia, las demanda de liquidación de intereses, frutos y daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada; ya que en el presente caso no aparecen ni en la demanda un en la prueba elementos de juicio necesarios para determinar la cantidad que se reclama por lucro cesante; y, que eventualmente se podrá mandar a pagar. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Guayas <sup>a</sup> Administrando Justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las Leyes de la República<sup>o</sup> confirma en estos términos el fallo venido en grado<sup>o</sup>.

La causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, consiste en la inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y las excepciones deducidas por el demandado; en la especie se ha invocado el vicio denominado <sup>a</sup> *citra petita*<sup>o</sup> que se produce cuando se deja de resolver sobre algo de lo pedido. Al respecto, como presupuesto inicial de esta causal y exigencia propia de la técnica de casación, corresponde realizar un cotejamiento lógico y jurídico entre las pretensiones consignadas en la acción, las excepciones propuestas en la contestación y la parte resolutive de la sentencia impugnada; así tenemos, que el actor en su demanda solicitó que: <sup>a</sup>  $\frac{1}{4}$  en sentencia sea condenado al pago de los valores que el contratista adeuda por concepto de: a) Trabajos no ejecutados; b) Además que sea condenado al pago de los valores correspondientes a daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento a la M.I. Municipalidad de Guayaquil: debiendo responder por el daño emergente causado al Patrimonio Municipal, y por el lucro cesante, ganancia o beneficio que dejó de percibir la Corporación Municipal por el incumplimiento del Contratista demandado, así como debe ser condenado al pago de costas procesales<sup>o</sup>. De su parte, la posición procesal del demandado estuvo destinada a desvanecer el presunto incumplimiento que ocasionó la terminación unilateral de la contratación resuelta en su contra por parte del Municipio de Guayaquil.

Con propósitos de particularizar conceptualmente la pretensión de la entidad actora, tenemos que, conforme a la normativa civil, la doctrina y la jurisprudencia, los daños y perjuicios son entendidos como el daño material o el menoscabo del patrimonio, se divide y cuantifica a través del daño emergente y el lucro cesante. El primero, comprende la pérdida o deterioro de los valores económicos ya existentes, incluyendo los costos de reparación derivados del daño, en la especie, estarían incluidos aquellos egresos que asumió la entidad municipal como consecuencia del incumplimiento contractual y que dieron como resultado la disminución del presupuesto institucional; por tanto, se traduce en el perjuicio efectivamente sufrido. Por otro lado, el lucro cesante consiste en la ganancia que se dejó de

obtener como consecuencia del incumplimiento, la pérdida de las ventajas económicas y de infraestructura que motivaron la contratación.

En esa línea, es fundamental considerar que la entidad demandante es la encargada de probar y acreditar la existencia y la relación de los daños con los deterioros económicos ocurridos, así como la ganancia que se dejó de percibir; por consiguiente, le corresponde demostrar contable y objetivamente los daños y perjuicios que reclama. En materia de contratación pública, la terminación unilateral del contrato da derecho y obliga a la entidad contratante a determinar la liquidación técnica y económica del contrato en la que debe incluirse, la liquidación de obras ejecutadas y las que no se han realizado, su cuantificación, la liquidación de plazos, la vigencia de las garantías de buen uso de anticipo, de fiel cumplimiento del contrato, las multas; las que deben ser puestas en conocimiento del contratista para que ejerza sus derecho de contradicción y, en caso de que la ejecución de las garantías no permita a la entidad recobrar sus recursos económicos; esta puede demandar el pago de la indemnización de daños y perjuicios, debidamente cuantificados; siendo entonces que tal liquidación contractual, puede constituir un insumo para arribar a una eventual cuantificación de los daños y perjuicios, pero evidentemente no es el único elemento.

De acuerdo al análisis expuesto, en la especie, se observa que los hechos y pruebas fijados en la sentencia recurrida son: a) el contrato de construcción No. 51.97 CPUP, para la ejecución de la obra <sup>a</sup> Rehabilitación del parque ecológico Estrada (Alameda Malecón del Salado)<sup>o</sup>, suscrito el 01 de junio de 1998; b) comunicación suscrita por el Supervisor de Obras del Municipio de Guayaquil de fecha 19 de febrero de 1999, en el cual se informa que la obra se encuentra paralizada por lo que debería continuarse con el trámite de terminación unilateral; c) solicitud del Procurador Síndico Municipal para iniciar el trámite de terminación unilateral; d) informe económico y jurídico; e) comunicación de 18 de marzo de 1999, mediante la cual el Alcalde de Guayaquil, le concede al contratista el plazo de 15 días para remediar su incumplimiento; f) resolución suscrita por el entonces Alcalde de Guayaquil, de fecha 17 de mayo de 1999 mediante la cual se declara unilateralmente la terminación del contrato de obra No. CPUP-051-97.

A partir de los referidos insumos probatorios, el Tribunal de apelación considera que en el caso efectivamente se ha producido un incumplimiento contractual, por lo que declara el derecho de la entidad actora para que se le reconozcan los daños y perjuicios provocados por el contratista, es decir, se pronunció puntualmente respecto a la pretensión de la demanda, sin embargo, considera que al no existir los elementos de prueba necesarios para cuantificar los daños y perjuicios reclamados, los mismos deberán liquidarse en juicio verbal sumario, para el efecto el Tribunal de segunda instancia ha recurrido a lo dispuesto en los artículos 843 y 860 del Código de Procedimiento Civil, que establecen

que se tramitarán en juicio verbal sumario de una sola instancia las demandas de liquidación de intereses, frutos y daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada.

Al respecto, la entidad recurrente sostiene que los elementos de prueba aportados, tales como el contrato de obra, la liquidación económica, así como la constitución en mora del demandado, constituyen insumos suficientes para la determinación de los daños y perjuicios que se reclaman, posición que este Tribunal no comparte por el análisis referido en línea anteriores, y fundamentalmente porque que en etapa de casación no procede una nueva valoración de la prueba, ni distinta a la que obra de autos. De tal suerte, aparece que vía recurso de casación, y al amparo de la causal cuarta, la entidad recurrente pretende que se practique una nueva valoración de la prueba, pretensión que en sí misma, deviene en la improcedencia del recurso de casación, más aún cuando en el caso de presumirse la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, el recurso de casación debía proponerse con sustento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; en tal sentido, vale remitirse a la siguiente cita jurisprudencial: <sup>a</sup> A la Sala de Casación no le corresponde un nuevo estudio del proceso y mucho menos revisar la prueba articulada en el juicio, pues eso pertenecía al ámbito del recurso de tercera instancia abolido por nuestra legislación. El recurso de casación es extraordinario, de alta técnica jurídica y totalmente reglado, por lo cual quienes interponen tal recurso deben someterse con claridad y precisión a las disposiciones pertinentes contempladas en la Ley rectora<sup>o</sup>. (Gaceta Judicial XVI No. 6. Pág. 1632).

Más allá de que la Sala casacional pueda diferir con el criterio del Tribunal ad-quem, está impedida de modificar la decisión, puesto que se encuentra vedada la casación de oficio en materias no penales, esta precisión se realiza en virtud de que ocurrir los supuestos identificados en el fallo recurrido lo que correspondería entonces es la improcedencia de la demanda, por el defecto en la proposición de la acción y del aporte probatorio. En virtud del análisis expuesto, al no demostrarse el yerro de <sup>a</sup> citra petita<sup>o</sup>, el recurso es improcedente por este extremo.

### III.- DECISION

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, se rechaza el recurso de casación propuesto por el Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Guayaquil, y en consecuencia, NO CASA la sentencia expedida el 09 de diciembre de 2010 por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del proceso judicial No. 719-2009-R. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-

DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA  
**CONJUEZA NACIONAL**

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



Juicio No. 17741-2013-0042

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 29 de septiembre del 2020, las 16h58. **VISTOS:**

El abogado Otto Dilon Carvajal Flor, apoderado especial y procurador judicial de la doctora Cynthia Viteri Alcaldesa de Guayaquil y del doctor Cristián Castelblanco Zamora, Procurador Síndico Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, en escrito de 24 de julio del 2020, solicita a esta Sala aclaración y ampliación de la sentencia emitida el 20 de julio de 2020, las 12h44, en el sentido de que: *“1/4 solicitamos que se aclare y amplíe el fallo determinado que juez deberá ser el competente para el conocimiento de la presente causa; así como de la acción que por cuerda separada deberá tramitarse para lograr la determinación de los daños y perjuicios que debe ser cancelados por el demandado”*. Pedido que fue puesto en conocimiento de las demás partes procesales, sin que de la parte contraria haya merecido contestación alguna; y, estando la causa para resolver lo pertinente esta Sala considera:

El Artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, de modo imperativo establece que la aclaración tiene lugar cuando la sentencia fuere oscura; es decir cuando esta resulta ininteligible o sus términos pueden ser interpretados de modo distinto a su verdadero sentido, elementos que sin duda permiten que el juzgador pueda disipar debidamente las opacidades de las que pueda adolecer la decisión judicial; y, la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. Desde luego que, según ordena el artículo 281 del mismo Código que las sentencias no pueden ser revocadas o alteradas en ningún sentido. En la especie, de la simple lectura del fallo recurrido en su numeral 3 claramente establece que: *“1/4 **COMPETENCIA:** En virtud de la inhibición referida, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República, numerales 1 y 2 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación, al tratarse de una controversia relativa a la contratación pública, las mismas es propia de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que procede remitirse al supuesto previsto en la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial; en consecuencia, acepta la inhibición de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia y se declara competente en razón de la materia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto”*. (lo resaltado y subrayado pertenece a la Sala) por lo que es evidente que la presente causa es propia de la jurisdicción contencioso administrativo, que fue precisamente analizado en forma clara y explícita en la sentencia recurrida, razones por las cuales se niega la aclaración y ampliación requerida.- **Notifíquese**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA  
**CONJUEZA NACIONAL**

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

**FUNCIÓN JUDICIAL**

128031418-DFE

Juicio No. 17811-2017-00485

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

**AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 21 de julio del 2020, las 09h04. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: a) El 19 de junio de 2019 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Pablo Joaquín Tinajero Delgado en calidad de Juez Ponente, y por la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo; b) El doctor Alvaro 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 del 15 de noviembre de 2019, y los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango, Conjueces Nacionales, fueron designados por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018 y ratificados el 15 de noviembre de 2019. 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) Con oficio No. 106-SG-CNJ-ROG la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia concedió licencia por enfermedad al doctor Patricio Secaira Durango el 16 de enero de 2020, motivo por el cual, con oficio No. 107-SG-CNJ-ROG se llamó al Conjuez Nacional, doctor Jaime Enríquez Yépez, para que reemplace al Juez a quien se le había concedido licencia por enfermedad; d) Somos el Tribunal 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). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

#### **I.- ANTECEDENTES**

**1.1.-** En sentencia de mayoría dictada el 07 de enero de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2017-00485 deducido por el representante legal de la compañía ATIKASOFT CIA. LTDA. en contra del Instituto de Fomento de Talento Humano y del Procurador General del Estado, resolvió aceptar parcialmente la demanda y declarar la ilegalidad de la imposición de multas, disponiendo que la

entidad demandada liquide el contrato materia del juicio, considerando el 5% del valor del contrato para el caso de multas.

**1.2.-** El representante legal de la compañía ATIKASOFT CIA. LTDA. interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia de mayoría, fundamentándose para el efecto en el caso 5 del artículo 268 del COGEP.

**1.3.-** Por su parte, el representante legal del Instituto de Fomento al Talento Humano, a través de su procuradora judicial, también interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose en los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP.

**1.4.** Con auto de 20 de mayo de 2019 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite ambos recursos.

**1.5.-** Con auto de sustanciación de mayoría de fecha 19 de diciembre de 2019 se convocó para el día jueves 16 de enero de 2020, a las 10h00, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.6.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el actor que a la vez es el recurrente, la compañía ATIKASOFT CIA. LTDA. a través de su Gerente General y defensa técnica. También compareció a la audiencia la institución pública demandada, por medio de su defensa técnica debidamente acreditada. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, la misma que fue adoptada por unanimidad, 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 07 de enero de 2019 dentro del juicio No. 17811-2017-00485, adolece de los errores de derecho acusados por los recurrentes; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

## **III.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL INSTITUTO DE FOMENTO AL TALENTO HUMANO**

En el escrito de interposición del recurso, el casacionista mencionó que fundamenta su recurso en los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP, y con auto de 20 de mayo de 2019 el Conjuez Nacional admitió a trámite dicho recurso. En tal virtud, era obligación del recurrente fundamentar en la audiencia de casación cada uno de los cargos formulados, indicando de forma clara y precisa cómo, cuándo y de qué forma se incurrió cada uno de los 2 yerros acusados, vinculando el contenido de las normas que se alegan haber sido infringidas, con los hechos, las causales 2 y 5 del artículo 268 del COGEP y las circunstancias a las que se refiere cada una de las infracciones acusadas. Mas sin embargo, en la audiencia de casación el recurrente se refirió a los hechos que motivaron la contienda judicial (lo cual no es objeto de estudio en un recurso de casación), y en ningún momento fundamentó los vicios acusados dentro de cada una de las 2 causales alegadas, sino que de manera indebida <sup>a</sup>consolidó<sup>o</sup> la fundamentación en una sola exposición a manera de alegato (como si se tratara del extinto recurso de tercera instancia), lo cual contraviene la técnica casacional. La omisión de fundamentar por separado cada una de las causales alegadas y agruparlas en un solo alegato, imposibilitó que el Tribunal de esta Sala Especializada pueda conocer en detalle las circunstancias a las que se refiere cada una de las 2 causales alegadas a fin de determinar si los yerros acusados están o no presentes en el fallo recurrido. El COGEP en su artículo 268 ha previsto 5 causales diferentes, dentro de las cuales encontramos varios vicios, lo que significa que cada una de las casales y vicios son diferentes, ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí; y, es precisamente por ese motivo que la fundamentación de un recurso de casación debe contemplar una argumentación diferente para cada una de las causales alegadas, lo que constituye la única manera en que la Sala Especializada de casación pueda conocer los motivos concretos en que se fundamenta el recurso, identificando de manera clara y precisa la forma en que se produjo cada uno de los vicios acusados, dentro de las dos causales alegadas, tal como lo exige el numeral 4 del artículo 267 del COGEP, situación que en el presente caso no sucedió. Cuando la ley exige que se realice una argumentación independiente y por separado respecto a cada una de las causales alegadas, lo que se espera del recurrente es la explicación razonada del motivo o causa de cada una de las infracciones acusadas (que en este caso son la falta de motivación y la errónea interpretación de una norma dentro de los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP), justificando lógica y coherentemente los motivos por los cuales considera que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación y las razones por las cuales considera que en el fallo recurrido existió errónea interpretación del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; mas sin embargo, al momento de fundamentar este recurso el casacionista ha consolidado y ha agrupado en un solo <sup>a</sup>alegato<sup>o</sup> los antecedentes del juicio y varias críticas y desacuerdos con la sentencia recurrida, los mismos que resultan ajenos a las circunstancias a las que se refiere las causales alegadas y los vicios acusados. No hay que olvidar que el recurso de casación se guía por el principio dispositivo en

base al cual el recurrente es el que delimita el debate casacional contra la sentencia recurrida, de manera tal que si el casacionista ha omitido trazar los límites de su acusación, la Sala Especializada está imposibilitada de subsanar las deficiencias del recurrente o de interpretar sus pretensiones, por lo que dicha Sala Especializada carece de los insumos necesarios y suficientes para analizar la sentencia recurrida, toda vez que no es permisible examinar de oficio otros aspectos que no hayan sido denunciados expresamente en la audiencia de casación, motivos por los cuales se desecha el recurso por este extremo.

#### **IV.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA COMPAÑÍA ATIKASOFT CÁL. LTDA.**

**4.1.-** En referencia al caso 5 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación del artículo 226 de la Constitución de la República que preceptúa que los servidores públicos ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. También alega falta de aplicación de los artículos 4 y 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establecen el principio de legalidad y el contenido de los expedientes de la administración del contrato durante la ejecución del contrato. El recurrente aduce también falta de aplicación del artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que detalla las responsabilidades del administrador del contrato. Finalmente el casacionista alega falta de aplicación del literal a) del artículo 94 y del artículo 129 numeral 1 literal b) del ERJAFE que se refieren a la nulidad de pleno de derecho de los actos emitidos por funcionario público incompetente en razón del tiempo.

Al fundamentar el recurso el casacionista manifiesta que el Tribunal de instancia debió haber considerado en su sentencia el contenido del artículo 70 de la LOSNCP y artículo 121 del Reglamento a dicha ley, de los cuales se infiere que las funciones y deberes del administrador del contrato tienen que ejercerse con ocasión de la ejecución contractual. A continuación el recurrente hace mención al oficio con el que se le impuso las multas y al respecto señala que las mismas fueron impuestas y notificadas una vez que la relación contractual había terminado. Adicionalmente el recurrente manifiesta que el Tribunal de instancia debió aplicar el artículo 226 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4 de la LOSNCP, que hablan del principio de legalidad. Agrega el casacionista que en la sentencia recurrida se debía haber aplicado los artículos 94 literal a) y 129 numeral 1, literal b) del ERJAFE, que disponen que no son susceptibles de convalidación alguna y son considerados nulos, de pleno derecho, los actos administrativos dictados por un órgano incompetente en razón del tiempo. Finalmente el recurrente afirma que si el Tribunal de instancia

hubiera aplicado las normas que se consideran infringidas habría llegado a la conclusión de que el momento en que el funcionario designado como administrador del contrato impuso y notificó las multas a la contratista, lo hizo extemporáneamente, pues el contrato ya no estaba vigente.

Al respecto esta Sala Especializada verifica que en el considerando quinto de la sentencia recurrida, numeral 5.2.4, el Tribunal de instancia determina lo siguiente: <sup>a</sup>¼ en la liquidación económica contable que corresponde efectuar a las partes, con ocasión de la recepción de pleno derecho se considerará la fecha de la última notificación de la diligencia notarial, esto el 13 de enero de 2017 (Fs. 377-411), empero la liquidación respecto de las multas deberá ser sometida al límite legal, y no contractual (¼) en tal sentido, si la ley de la materia prevé que el 5% es el límite al cual se puede aplicar las multas para optar por la declaración de la terminación unilateral del contrato, este límite será el aplicable ¼°. Adviértase que es el propio Tribunal de instancia el que reconoce de manera expresa que en el contrato materia primigenia de este caso operó la recepción de pleno derecho a partir de la notificación de la diligencia notarial (13 de enero de 2017), con lo cual lo único que restaba es proceder a la elaboración de la correspondiente liquidación; mas sin embargo, dicho Tribunal de instancia ha omitido considerar para su resolución que el oficio con el que el administrador del contrato impuso las multas fue generado con posterioridad a la recepción de pleno derecho (oficio IFTH-DTIC-2017-0066 de 24 de febrero de 2017), cuando el administrador del contrato había perdido competencia para el efecto. De esta manera queda evidenciado que en la sentencia recurrida se ha omitido aplicar las normas que necesariamente debían ser consideradas para resolver la controversia, toda vez que el Tribunal de instancia ha omitido aplicar la norma constitucional que preceptúa que los funcionarios públicos solamente pueden ejercer las competencias que les asigna la ley, omitiendo además aplicar las normas legales y reglamentarias que establecen que las atribuciones del administrador del contrato solamente pueden ser ejercidas mientras el contrato esté en vigencia, dejando de aplicar también las normas estatutarias que determinan la nulidad de pleno derecho de aquellos actos que fueren emitidos por un funcionario que carece de competencia en razón del tiempo. En base a estas normas constitucionales, legales y reglamentarias esta Sala Especializada de casación concluye que si en la sentencia recurrida se hubieren aplicado las referidas normas, la sentencia hubiere sido radicalmente diferente toda vez que el Tribunal de instancia hubiere tenido que declarar la nulidad de las multas impuestas, por ser extemporáneas. En efecto, al haber operado la recepción de pleno derecho, resulta improcedente que con fecha posterior a dicha recepción la entidad pública demandada haya impuesto multas, y tampoco es procedente que la sentencia recurrida haya ratificado la imposición de las mencionadas multas, y peor aún, que haya determinado un límite a esas multas (5%), ya que dicho límite no tiene asidero legal alguno, demostrándose de esa manera el error de derecho en la sentencia recurrida, el cual debe ser subsanado, motivo por el cual se acepta el recurso

por este extremo.

**4.2.-** En referencia al caso 5 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce también que en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7, literales a), c), h) y 173 de la Constitución de la República, normas éstas que se refieren al debido proceso y al derecho a la defensa, así como al derecho de impugnar las decisiones de la administración pública. El casacionista también aduce falta de aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece que las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa o en sede judicial o arbitral. Finalmente el recurrente alega falta de aplicación del artículo 129, numeral 1, literal a) del ERJAFE que establece que los actos de la administración pública son nulos de pleno derecho cuando lesionen los derechos garantizados en el artículo 76 de la Constitución.

Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista manifiesta que el acto administrativo consistente en el oficio de imposición de multas no fue debidamente notificado a la contratista, agregando que esa falta de notificación fue tenida por el Tribunal de instancia como un incumplimiento de la ley, lo cual provocó, en su criterio, la ilegalidad del acto administrativo y más no su nulidad. Manifiesta también el recurrente que si dicho Tribunal hubiese aplicado el artículo 76, numeral 7, literales a), c) y h) de la Constitución, habría llegado a la conclusión de que al no haberse notificado las multas en forma oportuna se privó a la contratista de ejercer su legítimo derecho a la defensa y de poder impugnar el mismo en sede administrativa. Finalmente el recurrente señala que si el Tribunal de instancia hubiere aplicado lo dispuesto en el artículo 129, numeral 1, literal a) del ERJAFE éstas se habrían declarado nulas de pleno derecho, dejándolas sin efecto por haberse lesionado el derecho a la defensa de la contratista.

Al respecto esta Sala Especializada verifica que en el proceso no consta documento alguno en el que se pueda visualizar que el oficio con el cual se impuso la multa al Contratista, haya sido debidamente notificado. Adicionalmente, en la audiencia de casación el Contratista manifestó que recién se enteró de la imposición de multa en el momento en que se acercó a cobrar los valores pendientes de pago, momento en el cual se le había informado verbalmente que también tiene que pagar otras multas referentes a otro contrato que ha suscrito con el Instituto de Fomento al Talento Humano, situación que no pudo ser desvirtuada por la entidad pública demandada. De esta manera se verifica que se ha lesionado el derecho a la defensa de la empresa Contratista al no habersele notificado con el oficio mediante el cual se le impuso la multa, imposibilitándole de esta manera a impugnar en la vía judicial o administrativa la referida multa. La violación al derecho a la defensa trae consigo la nulidad, toda vez que se ha vulnerado el debido proceso.

**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**, rechaza el recurso de casación propuesto por el Instituto de Fomento al Talento Humano y acepta el recurso de casación planteado por la compañía ATIKASOFT CÍA. LTDA; y, en consecuencia, casa la sentencia de mayoría dictada el 07 de enero de 2019 dentro del juicio No. 17811-2017-00485. En aplicación del artículo 273 del COGEP se acepta parcialmente la demanda presentada por la compañía ATIKASOFT CÍA. LTDA. y se declara la nulidad del acto con el cual la entidad pública contratante había impuesto una multa a la empresa Contratista, contenido en el oficio No. IFTH-DTIC-2017-0066 de 24 de febrero de 2017. Se dispone que el Instituto de Fomento al Talento Humano cancele inmediatamente a la compañía ATIKASOFT CÍA. LTDA. los valores que se encuentran pendientes de pago y que indebidamente fueron retenidos como efecto de la imposición de la multa que en esta sentencia ha sido declarada nula.- En virtud de que el Doctor Alvaro Ojeda Hidalgo emitió su voto salvado respecto del auto de 2 de julio de 2020, firma la presente sentencia por obligación legal.- 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)**

ENRIQUEZ YEPEZ JAIME GUSTAVO  
**CONJUEZ NACIONAL**

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
**JUEZ NACIONAL**



Juicio No. 17811-2017-00485

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 18 de agosto del 2020, las 10h18. **VISTOS:** Agréguese al proceso el escrito el escrito presentado el 30 de julio de 2020 por la abogada patrocinadora del representante legal de la compañía ATIKASOFT CÍA. LTDA. con el que solicita resolver el pedido de aclaración presentado por la parte contraria el 28 de febrero de 2020

#### ANTECEDENTES

a) Con escrito presentado el 28 de febrero de 2020 el Procurador Judicial del Instituto de Fomento al Talento Humano solicitó aclaración de la sentencia emitida en la presente causa. b) Con auto de sustanciación de fecha 04 de marzo 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. Adicionalmente, en lo referente al pedido de copias certificadas formulado por la compañía ATIKASOFT CÍA. LTDA., se indicó que el requerimiento será atendido una vez que se ejecutorie el auto que resuelva la aclaración solicitada. c) Con escrito de 06 de marzo de 2020 el representante legal la compañía ATIKASOFT CÍA. LTDA. manifestó: *“<sup>a</sup> ¼ solicitó se sirva desechar el recurso de aclaración planteado por la entidad demandada, y llamar la atención a su defensa técnica por emplear maniobras dirigidas únicamente con el fin de retardar el progreso de la Litis<sup>¼</sup> °. A fin de resolver el referido recurso horizontal de aclaración, se considera:*

#### ANÁLISIS

El Procurador Judicial del representante legal del Instituto de Fomento al Talento Humano, en el escrito contentivo del pedido de aclaración manifiesta: *“ Solicito al Tribunal aclarar, la razón por la cual se colige que el administrador del contrato carece de competencia en razón del tiempo por haber impuesto multas con posterioridad a la recepción de pleno derecho (¼) Como segundo punto solicito esclarecer en su sentencia, la tesis desarrollada en el párrafo anterior en cuanto hace alusión que era improcedente el cálculo de multas posterior a la recepción de pleno derecho y consecutivamente el Tribunal manifiesta que el límite de multas hasta el 5% no tiene asidero legal, situación que resulta contradictoria<sup>¼</sup> °. Al respecto se debe señalar que en el considerando 4.1 de la sentencia emitida en la presente causa, se explica de forma clara los motivos por los cuales el Administrador del Contrato había perdido competencia en razón del tiempo para imponer las multas a la que hace referencia el solicitante, confrontando para el efecto la fecha en que operó la recepción de pleno derecho con la fecha en que el Administrador del Contrato impuso la mencionada multa. Adicionalmente se analiza el límite de la multa impuesta extemporáneamente (5%), límite este que ha*

sido fijado unilateralmente por el Administrador del Contrato y que ha sido ratificado por el Tribunal de instancia, mencionándose al respecto que dicho límite no tiene asidero legal, sin que exista contradicción alguna sobre este particular. Por otro lado, en el considerando 4.2 se explica claramente los motivos para haber declarado la nulidad del acto con el que se impuso la multa, y que tiene que ver con su falta de notificación. Consecuentemente, las razones jurídicas de la decisión adoptada han sido explicadas en un lenguaje claro y accesible, sin que exista nada que aclarar al respecto.

### **DECISIÓN**

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de aclaración presentada por el Procurador Judicial del Instituto de Fomento al Talento Humano. En virtud de que el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo emitió voto salvado en el auto de 02 de julio de 2020, firma esta providencia 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)**

**ENRIQUEZ YEPEZ JAIME GUSTAVO**

**CONJUEZ NACIONAL**

**DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

**JUEZ NACIONAL**



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](http://www.registroficial.gob.ec)

MG/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.