

**REGISTRO OFICIAL**®  
ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

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

**AÑO 2020:**

**J09802-2017-01017, J11804-2018-00196,**  
**J17741-2016-0338, J17811-2017-00650,**  
**J01803-2018-00030, J17811-2014-0463,**  
**J17811-2015-01868, J17741-2015-0606**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

Resolución No 224-2020



125233262-DFE

Juicio No. 09802-2017-01017

**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, lunes 8 de junio del 2020, las 09h12. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** El 19 de junio 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 el doctor Pablo Tinajero Delgado en calidad de Juez Ponente, por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y por la abogada Cynthia Guerrero Mosquera. **c)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

### I.- ANTECEDENTES

**1.1.-** En sentencia dictada el 06 de agosto de 2018, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, dentro del juicio No. 09802-2017-01017 deducido por la señora Johanna Cecibel Sanabria Vargas en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pedro Carbo y del Procurador General del Estado, resolvió aceptar la demanda y declarar la nulidad del acto impugnado, disponiendo el reintegro de la actora a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

**1.2.-** El Alcalde y el Procurador Síndico del GAD Municipal de Pedro Carbo interpusieron recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en el caso 5 del

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
JUEZ NACIONAL  
EN QUITO  
0904886299  
0200419075

artículo 268 del COGEP.

**1.3.-** Con auto de 15 de mayo de 2019 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el mencionado recurso de casación, exclusivamente por el caso 5 del artículo 268 del COGEP por errónea interpretación de la Disposición Transitoria Undécima establecida por el artículo 12 de la Ley Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público.

**1.4.-** Con auto de sustanciación de fecha 18 de octubre de 2019 se convocó para el día martes 18 de febrero de 2020, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.5.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció la actora acompañada de su defensa técnica. También compareció a la audiencia la institución pública demandada, que también es la parte recurrente, por medio de su procurador síndico debidamente acreditado, quien expuso su fundamentación en base a la causal admitida a trámite. 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 06 de agosto de 2018 por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 09802-2017-01017, adolece de los errores de derecho acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

## **III.- ANÁLISIS**

**3.1.- RESPECTO AL CASO 5 DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA UNDÉCIMA ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY REFORMATORIA A LAS LEYES QUE RIGEN EL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL 1008 DE 19 DE MAYO DE**

**2017.**

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

El recurrente aduce que en la sentencia recurrida ha existido una errónea interpretación de la Disposición Transitoria Undécima establecida por el artículo 12 de la Ley Orgánica Reformativa a las Leyes que Rigen el Sector Público, publicada en el Registro Oficial 1008 de 19 de mayo de 2017, norma que dispone: *“Art. 12.- Inclúyase como Disposición Transitoria Undécima la siguiente: <Las personas que a la presente fecha hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más, sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea con contrato ocasional o nombramiento provisional, o bajo cualquier otra forma permitida por esta Ley, y que en la actualidad continúen prestando sus servicios en dicha institución, serán declaradas ganadoras del respectivo concurso público de méritos y oposición si obtuvieren al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio del Trabajo.>”* Respecto a la norma transcrita, la sentencia del Tribunal de instancia en su parte pertinente ha señalado que: *“consecuentemente el legislador otorgó una estabilidad laboral a los servidores públicos que venían trabajando ininterrumpidamente por cuatro años o más, en la misma situación, ya sea con contrato ocasional o nombramiento provisional, garantizando su estabilidad laboral hasta el llamamiento del concurso de méritos y oposición”* Al fundamentar el recurso por este vicio, el recurrente ha mencionado que: *“Consideramos (¼) que existe una errónea interpretación (¼) respecto (¼) al artículo 12 de la Ley Orgánica Reformativa a las Leyes Que Rigen el Sector Público publicada en el Registro Oficial 1008 de 19 de mayo de 2017, puesto que jamás se estableció una estabilidad laboral para aquellos funcionarios con nombramiento provisional sujetos a remoción; lo que se estableció es que dichos funcionarios que hasta el 19 de mayo del 2017 hubieren laborado ininterrumpidamente por más de cuatro años, deberían ser invitados a participar en un concurso de méritos y oposición. Jamás dicha disposición transitoria dispuso <que no se podía dar por terminado un nombramiento provisional por remoción>”*

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

*exceso al formularlo*° (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia). De la revisión de la sentencia y particularmente del yerro acusado por errónea interpretación, esta Sala considera que efectivamente se puede evidenciar que se ha realizado una interpretación errónea puesto que la norma en ninguna parte menciona que únicamente con los cuatro años de servicio en una misma institución pública se le otorgue estabilidad, puesto que lo que en realidad dispone es que en el evento de que la institución pública convoque a un concurso de méritos y oposición, los servidores que hayan estado prestando sus servicios lícitos y personales bajo cualquier modalidad por más de 4 años en la misma institución, serán declarados ganadores de dichos concurso siempre y cuando hayan obtenido buenos puntajes. Nótese que la referida norma no hace alusión alguna a la estabilidad de los servidores públicos, sino que se limita a incentivar a la convocatoria a concursos en los cuales, como es obvio, pueden participar las personas que tengan nombramiento provisional.

En consecuencia se ha verificado que el Tribunal de instancia ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 12 de la Ley Reformatoria a las Leyes que Rigen por el Sector Público publicada en el Registro Oficial 1008 de 19 de mayo de 2017, al haber entendido indebidamente que la misma otorga estabilidad laboral por sí misma. Por lo que se acepta el recurso de casación interpuesto.

#### IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación propuesto por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pedro Carbo, por el caso 5 del artículo 268 del COGEP; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada el 06 de agosto de 2018 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil dentro del proceso N° 09802-201-01017. En aplicación del artículo 273.3 del COGEP se rechaza la demanda propuesta por Johanna Cecibel Sanabría Vargas y se ratifica la legalidad y legitimidad del acto impugnado. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

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

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
**JUEZ NACIONAL**

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

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125231610-DFE

Juicio No. 11804-2018-00196

Resolucion No 225-2020

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

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, lunes 8 de junio del 2020, las 08h58. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados. **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 el doctor Iván Larco Ortuño Delgado en calidad de Juez Ponente, y por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Patricio Secaira Durango; **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

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

**1.1.-** En sentencia dictada el 15 de marzo de 2019, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio No. 11804-2018-00196 deducido por la señora Martha Piedad Pacheco Armijos en contra de la Contraloría General del Estado y del Procurador General del Estado, resolvió aceptar la demanda y declarar la ilegalidad y nulidad de la Resolución impugnada, por haber caducado la facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse respecto a la responsabilidad administrativa de la accionante.

**1.2.-** El Director Provincial de Loja de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en el caso 1 del artículo 268 del COGEP.

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
C=QUITO  
0004396239  
0200419075

**1.3.-** Con auto de 13 de agosto de 2019 el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

**1.4.-** Con auto de sustanciación de fecha 27 de enero de 2020 se convocó para el día viernes 07 de febrero de 2020, a las 10h30, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.5.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció la defensa técnica de la parte actora debidamente acreditada, a través de videoconferencia. También compareció a la audiencia la institución pública demandada, que también es la parte recurrente, por medio de su abogada defensora debidamente acreditada, quien expuso 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, 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 15 de marzo de 2019 dentro del juicio No. 11804-2018-00196, adolece de los errores de derecho acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

## **III.- ANÁLISIS**

### **3.1.- RESPECTO AL CASO 1 DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP POR FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 82, 86.1, 87.1, 292 y 297 DEL COGEP**

El artículo 82 del COGEP, que a criterio del recurrente ha sido inaplicado en el fallo recurrido, regula la suspensión y la reinstalación de las audiencias. El artículo 86.1 del COGEP, que también es acusado de haber sido inaplicado, establece la obligación de las partes de comparecer personalmente, a excepción de los casos en que concurra el procurador judicial con cláusula especial para transigir. El artículo 87.1 del COGEP que el casacionista aduce haber sido inaplicado, establece que en caso de inasistencia de quien presentó la demanda, se entenderá como abandono. El casacionista también

menciona que en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar el artículo 292 del COGEP, que regula la convocatoria a audiencia preliminar. Finalmente el casacionista aduce falta de aplicación del artículo 297 del COGEP que señala que la audiencia de juicio se desarrollará en el término de 30 días contados a partir de la realización de la audiencia preliminar.

Al fundamentar el recurso por esta causal y vicio el recurrente manifiesta: *“¼ los señores magistrados olvidan considerar en su sentencia lo sucedido en la reanudación de la audiencia de juicio para pronunciar la decisión en forma oral, cuando se comprobó por secretaría la inasistencia de la parte actora (¼) la audiencia de juicio inició el día lunes 25 de febrero de 2019, a las 9h00 y culminó el día viernes 1 de marzo de 2019 luego del pronunciamiento judicial oral que se emitió en aquella fecha por cuanto la referida diligencia (audiencia de juicio) fue suspendida conforme el artículo 93 del COGEP. En este sentido la reinstalación de la audiencia llevada a efecto a partir de las 10h00 del viernes 1 de marzo de 2019, no es más que la continuación de la audiencia iniciada el lunes 25 de febrero de 2019, a las 9h00, por tanto, las partes, incluida la actora, tenemos la obligación de comparecer a la reinstalación de la diligencia judicial¼”* °. En lo que respecta a la falta de aplicación de los artículos 292 y 297 del COGEP el casacionista aduce que la audiencia preliminar y la audiencia de juicio se han desarrollado fuera de los términos previstos en la Ley.

Al respecto es necesario recordar que en el recurso de casación se acusan infracciones de derecho en que habría incurrido la sentencia cuestionada, en tal virtud, la casación es un medio impugnatorio a través del cual se persigue corregir los errores de derecho de la sentencia recurrida. Se trata entonces de un verdadero juicio a la sentencia. Por este motivo, el casacionista está en la obligación de determinar con precisión la parte de la sentencia en que se habría incurrido en el yerro acusado, especificando la forma en que el Tribunal de instancia incurrió en el vicio acusado. En el presente caso, el recurrente no se ha referido de manera alguna a la sentencia recurrida; es más, ni siquiera la menciona, imposibilitando de esta manera a que la Sala Especializada de casación pueda analizar la causal alegada, el vicio acusado y la sentencia recurrida. En lugar de determinar con precisión la parte de la sentencia en la que conste el yerro acusado, el casacionista más bien se ha referido a asuntos netamente procedimentales, aduciendo supuestas anomalías en el desarrollo de la audiencia preliminar y de la audiencia de juicio, lo cual contraviene la técnica casacional toda vez que el recurrente ha omitido su deber de indicar de forma clara y precisa cómo, cuándo y de qué forma el Tribunal de instancia incurrió en el yerro acusado, vinculando el contenido de las normas de casación que se alegan haber sido infringidas, con los hechos, la causal y las circunstancias a las que se refiere la infracción, determinando la relación causa ± efecto entre ellas. De todas maneras, esta Sala Especializada ha constatado que la audiencia de juicio a la que hace referencia el recurrente se instaló con la presencia de las partes procesales, por lo que no puede existir el abandono al que alusión en su

recurso.

Por otro lado, es necesario señalar que el casacionista aduce falta de aplicación de determinadas normas, y al respecto se debe indicar que el vicio de falta de aplicación implica un vicio de existencia, y se presenta cuando el juzgador ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto controvertido. En tal virtud, al recurrente le corresponde demostrar la trascendencia o incidencia del vicio acusado en la parte resolutive del fallo recurrido, evidenciando de qué manera la sentencia hubiera sido diferente si se las hubiera aplicado. En el presente caso, se verifica que la sentencia recurrida declaró la nulidad de la Resolución impugnada en virtud de que había caducado la facultad de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades, mas sin embargo, en la formulación del presente recurso, el casacionista ha omitido explicar de qué manera se relacionan las normas que regulan el desarrollo de la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, con la caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado; es más, a lo largo del recurso ni siquiera se menciona el asunto de la caducidad, a pesar de que era la *ratio decidendi* del fallo recurrido. En definitiva, el recurrente no ha logrado demostrar la trascendencia de la aplicación de las normas que se consideran infringidas, pues no ha logrado evidenciar de qué manera la sentencia hubiera sido diferente si se las hubiera aplicado, pues de todas maneras las facultades de la Contraloría General del Estado habían caducado.

#### IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial de Loja de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 15 de marzo de 2019 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio No. 11804-2018-00196.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.  
**Notifíquese y devuélvase.-**

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

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

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
**JUEZ NACIONAL**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125296051-DFE

Juicio No. 17741-2016-0338

Resolucion No 232-2020

**JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)****AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO.** Quito, lunes 8 de junio del 2020, las 16h31. **VISTOS:** En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuez nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuez nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 1 de la Ley de Casación y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, así como el acta de sorteo que consta en el proceso. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

**PRIMERO.- 1.1.-** Mediante sentencia de 25 de enero de 2016, 10h44, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, en el juicio que sigue el señor Luis Ortiz Gutiérrez en contra del Ministerio de Salud Pública y de la Procuraduría General del Estado, resolvió que: *“ rechaza la demanda presentada por el señor Luis Washington Ortiz Gutiérrez, en contra del Procurador General del Estado y del Ministerio de Salud Pública; y, ratifica la legalidad del acto administrativo impugnado. Sin costas ni honorarios que regular.”* **1.2.-** Por auto de 13 de junio de 2016, 8h25, la Conjuenza de esta Sala Especializada admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el señor Luis Ortiz Gutiérrez, por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. **1.3.-** Al respecto, el Ministerio de Salud Pública señala que: *“ la “CLÍNICA ORTÍZ SOLIDARIA”, ha INCUMPLIDO lo dispuesto en la normativa competente de la materia, esto es la Ley Orgánica de Salud, de tal forma que, en este procedimiento se observaron las normas constitucionales del debido proceso, tutela efectiva y legítima defensa, y que el Dr. Luis Washington*

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
ALVARO OJEDA  
HIDALGO  
C=QUITO  
0001896239  
0200419075

Ortiz Gutiérrez, ejerció su derecho a la legítima defensa en el ACTA DE JUZGAMIENTO (19 de agosto del 2009), y que ni en la Unidad de Atención al Cliente de las Oficina (sic) de Salud, ni en el Benemérito Cuerpo de Bomberos registro (sic) permiso alguno, a nombre de la mencionada clínica. Situación que fue corroborada durante la confesión judicial rendida por el Dr. Ortiz Gutiérrez, en la (sic) señala que obtuvo el permiso de funcionamiento de (sic) durante los años 1983 hasta el 2007; y, dentro de esta audiencia de juzgamiento, en la que señala, que entregó a la Comisaría de Salud, copia del permiso de funcionamiento del año 2007 (estando en decurso el 2009), lo que significa que EL PERMISO DE FUNCIONAMIENTO DEL AÑO 2008 TAMPOCO LO TENÍA, ante lo cual señaló que había ingresado la solicitud para renovar el año 2008, sin tener respuesta. Dicho Proceso Especial Sanitario No. 063-A-09-DPSG, se tramitó conforme a la Ley de la materia, e inclusive el ahora accionante ejerció su derecho al RECURSO DE APELACIÓN, el cual fue tramitado ante la instancia correspondiente en planta central de Quito, cuya autoridad competente es la Dirección General de Salud. Tramitado así el expediente, fue remitido para su conocimiento y resolución en segunda instancia el cual RATIFICA la sanción impuesta. Que en la contestación realizada a la improcedente demanda, se expuso de manera clara y amplia, que dicha resolución (materia de este procedimiento), fue dictada por la autoridad competente, con el poder y potestad administrativa que le otorga la ley, actuadas por los servidores públicos con jurisdicción y mando, resueltas con claridad, oportunidad y motivación conforme a las atribuciones que le confiere la Ley, respetando los derechos constitucionales y legales previstos en la normativa vigente en nuestro país. La salud es un derecho y es deber primordial del Estado garantizado sin discriminación alguna el efectivo goce del mismo y las autoridades garantizarán su cumplimiento. El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud<sup>1/4</sup>. **SEGUNDO.-** Con relación a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, el señor Luis Ortiz Gutiérrez manifestó que: <sup>1/4</sup>En relación a la tipificación de la vulneración del Art. 201 como infracción penal o administrativa, si buscamos alguna norma en todo el Libro SEXTO de la Ley Orgánica de Salud, capítulo IV, titulado "De las Infracciones", que constituya a la vulneración del Art. 201 de la Ley Orgánica de Salud como infracción de naturaleza penal, administrativa o de cualquier otra clase, veremos que dicha tipificación no existe<sup>1/4</sup> En relación a si existe alguna sanción en la Ley Orgánica de Salud que se constituya como consecuencia de la violación del Art. 201 de la Ley Orgánica de Salud, debemos decir que es evidente que si la vulneración del Art. 201 de la Ley Orgánica de Salud previamente no ha sido constituida como infracción penal o administrativa, como consecuencia lógica de aquello tendremos que no existe una sanción que esté aparejada a la vulneración de dicho artículo. En el mismo capítulo de la Ley Orgánica de Salud antes invocado, no existe ni la sanción de clausura ni de multa aparejada a la violación del Art. 201 de la Ley, por lo que la sentencia, en

relación a la sanción que forma parte del caso, debió aplicar el Art. 76.3. de la CRE y el Art. 194.1 del ERJAFE.º. **TERCERO.-** En el presente caso, el Ministerio de Salud Pública inició el proceso especial sanitario No. 063-A-09-DPSG en virtud del informe de inspección remitido por el Coordinador del Sistema de Control y Vigilancia Sanitaria relacionado con la inspección realizada a la Clínica Ortiz Solidaria, en el cual se hicieron las siguientes observaciones: *“ PLANTA BAJA.- Área de Ecografía. No presentó permiso de funcionamiento para realizar dicha actividad. AREA DE QUIRÓFANO: Encontramos el Shailong ginecológico, bandeja con residuos de pelos. Sueros caducados. CONSULTORIO GINECOLÓGICO.- Encontramos medicinas caducadas. A la entrada del área de Quirófano, existían tachos de basura oxidados, hacinamientos de fundas de basura negras. PLANTA ALTA SALA DE PARTOS: Filtraciones de agua en el tumbado con la pintura reventada. Oramen en la pared. Falta de pintado. Falta de redondear los ángulos en la parte superior, inferior y los lados. Encontramos medicamentos caducados y cánulas nasales reutilizadas. MÁQUINA DE ANESTESIA.- No presenta certificados de mantenimiento de máquinas de anestesia. Tanques no son de uso medicinal. QUIRÓFANO: Filtraciones de agua en el tumbado con la pintura reventada, Oramen en el tumbado de quirófano. Faltan tapas de protección eléctrica. ÁREA DE RECEPCIÓN DEL RN: No presenta certificado de mantenimiento de la termocuna, balanza pediátrica oxidada;º. Por lo que se clausuró la referida clínica, se impuso una multa y se dispuso el decomiso y destrucción de los productos que no puedan ser utilizados en la misma. CUARTO.- 4.1.- El señor Luis Ortiz Gutiérrez, en calidad de representante de la Clínica Ortiz Solidaria, compareció al procedimiento administrativo instaurado por el Ministerio de Salud Pública, ejerció su derecho a la defensa e inclusive interpuso recurso de apelación de la resolución sancionatoria; y, el referido Ministerio se refirió en sede administrativa el incumplimiento del actor del artículo 201 de la Ley Orgánica de Salud que dice: *“Es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos. Es su deber exigir condiciones básicas para el cumplimiento de lo señalado en el inciso precedente.”. 4.2.-* En el presente caso es pertinente tener en cuenta un tema que específicamente la doctrina del Derecho Administrativo Sancionador ya lo ha analizado, y nos enseña que: *“ grado de la precisión tipificante.- Empezando por el análisis de la tipificación de infracciones (o tipificación en sentido estricto), ni qué decir tiene que lo deseable es que la norma realice su tarea tipificadora de manera precisa y autónoma de tal manera que el tipo quede perfectamente descrito en una sola norma; pero no menos claro resulta que es muy difícil que se cumpla por completo este requisito. Con frecuencia la norma tipificadora ha de acudir al complemento de otra (el reglamento colaborador, en los términos que se vieron en el capítulo anterior) y, sobre ello, el complemento necesario puede no venir en otra norma sino ser el resultado de la actuación de un agente exterior,**

*incluso del propio operador jurídico. Así es como el legislador puede utilizar técnicas normativas del estilo de los conceptos jurídicos indeterminados y de los conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación. De esta manera colabora el intérprete en la precisión del tipo en un amplio abanico de posibilidades<sup>1/4</sup> cuya utilización en la ley es con frecuencia inevitable, y por ende, lícita como ha reconocido unánimemente la jurisprudencia [española], si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de la lex certa que incorpora el artículo 25.1. la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una precisión y claridad absolutas, es necesario en ocasiones un margen e indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no avoque a una inseguridad jurídica insuperable<sup>1/4</sup> es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de lex certa como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada<sup>1/4</sup>° (Nieto Alejandro, <sup>a</sup> Derecho Administrativo Sancionador<sup>o</sup>, 3ed., edit. Tecnos, Madrid-España, 2002, pgs. 295-296). Como podemos apreciar, autorizada doctrina del Derecho Administrativo nos indica que normas administrativas sancionatorias que no serían posibles en el Derecho Penal sí lo son en el Derecho Administrativo Sancionador, pues evidentemente pretender una tipicidad <sup>a</sup> taxativa<sup>o</sup> de todas las infracciones en la ley que en el ámbito de la salud se podrían dar, no es factible; por lo que el legislador puede, en estos casos, perfectamente disponer que las formas de incumplimiento se remitan usualmente a normas reglamentarias e incluso a conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación permita un margen de apreciación, siempre que su análisis se dé con razonables criterios técnicos lógicos y basados en la experiencia científica, que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características principales de las conductas reguladas. 4.3.- Durante el juicio contencioso administrativo instaurado por el señor Ortiz Gutiérrez, el tribunal de instancia en el considerando noveno del fallo impugnado concluyó que: *“<sup>1/4</sup> la parte actora durante la etapa de prueba no ha demostrado los hechos que alega en la demanda, por lo que ha quedado establecido de manera fehaciente que el acto administrado impugnado por la accionante fue expedido por autoridad competente en el pleno uso de sus atribuciones legales y reglamentarias. Es por tanto inequívoco para este órgano de administración de justicia indicar que la resolución impugnada, es un acto**

*administrativo legítimo tanto en el fondo como en la forma, apareciendo en el, (sic) una motivación erigida debidamente, con arreglo a lo que establece el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, en la que se exponen los elementos fácticos y las preceptos jurídicos que indujeron a la expedición de dicho acto. Al amparo de estas premisas, la acusación formulada a este respecto por la parte demandante carece de fundamento ya que sus alegaciones no poseen la fortaleza probatoria que exige el primer inciso del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa según su artículo 77¼ no podemos calificar de igual conducta procesal a la accionada que en estricto apego al artículo 114 de la mencionada ley adjetiva, ha probado documentadamente los hechos que ha alegado. Tales pruebas no se han agotado en la mera enunciación de argumentos, sino que se han materializado en instrumentos debidamente insertos al expediente y que obran contra los hechos propuestos por su antagonista.º*, con lo cual este Tribunal de Casación está de acuerdo. Por tanto, este Tribunal considera que la sentencia de instancia no ha incurrido en los vicios argüidos por el recurrente con fundamento en la causal primera del 3 de la Ley de Casación. **QUINTO.-** Con relación a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente manifestó que: *“¼en la sentencia materia del presente recurso se ha omitido resolver todos los puntos de la Litis por un error de base que se originó por considerar para la sentencia el texto ÂoscuroÂ de la demanda originalmente presentada, y no el texto que ÂaclaróÂ la demanda en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal¼ En el texto que aclara la demanda constan las siguientes alegaciones que no han sido tomadas en cuenta por el órgano juzgador: Sobre la ausencia de tipicidad esgrimida en la demanda: En la sentencia no se dice absolutamente nada de esta alegación. Sobre la falta de competencia administrativa para juzgar, concretamente, la vulneración del Art. 201 de la Ley Orgánica de Salud: La sentencia se limita a considerar genéricamente la competencia sancionatoria del Director Provincial y el Director Nacional de Salud, pero no analiza concretamente la supuesta competencia para sancionar la infracción al Art. 201 de la Ley Orgánica de Salud. Sobre la nulidad de pleno derecho del acto administrativo demanda por no seguir el procedimiento administrativo adecuado para la extinción de oficio de los actos administrativos, fundamentados en el Art. 129, letra e) del ERJAFE: La sentencia omite por completo esta alegación. Sobre la nulidad de pleno derecho del acto administrativo demandado por lesionar, de forma ilegítima, los derechos y libertades constitucionales, fundamentados en el Art. 129, letra a) del ERJAFE: La sentencia omite por completo esta alegación¼ por las razones explicativas anotadas y con las justificaciones realizadas, se ha demostrado que la sentencia ha omitido resolver en ella todos los puntos de la Litis, por lo que consideramos se debe casar la sentencia en aplicación de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación.º* **SEXTO.- 6.1.-** Respecto a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, ésta se refiere a la falta de congruencia entre aquello que es materia de la litis y la sentencia, siendo la incongruencia *un error in procedendo* que consiste conforme lo

explica Humberto Murcia Ballén, en "la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante o disonante, como también se lo llama... La incongruencia del fallo puede revestir tres formas, y cualquiera de las tres, estructura la causal de casación que se comenta, pues que todas ellas implican la transgresión del susodicho principio de la consonancia o armonía, y son: a) *ultra petita*, en la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de lo pedido; cuando se falla con exceso de poder, y por eso a la sentencia se la califica entonces de excesiva; b) *extra petita*, en la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debieron ser alegadas no fueron propuestas; y c) *minima petita*, también llamada *citra petita*, en la cual incurre el juez cuando, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas; es decir, cuando se falla con defecto de poder, y por eso a la sentencia, en tal supuesto, se la califica de fallo parcial o diminuto" (Murcia Ballén, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, 6ta ed., Edit. Gustavo Ibañez, Bogotá-Colombia, 2005, pgs. 506-507). (El inclinado es nuestro).

**6.2.-** Doctrina igualmente autorizada nos explica un poco más el tema: "Pero ¿qué es la congruencia o asonancia de la sentencia? La congruencia o asonancia es uno de los requisitos que debe cumplir la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes... El vicio de incongruencia de la sentencia, también llamado disonancia, inconsonancia o falta de asonancia, puede adoptar dos modalidades a saber: a. *Incongruencia o disonancia positiva: Es aquella que se produce cuando el operador de justicia en la parte motiva del fallo se pronuncia sobre hechos no debatidos en el proceso*, como puede ser en los casos de prescripción, pago, compensación, falta de cualidad e interés no traídos a los autos por argumentos de las partes. b. *Incongruencia o disonancia negativa: Es aquella que se produce cuando el operador de justicia en la parte motiva del fallo, deja de pronunciarse sobre hechos debatidos en el proceso, como puede ser en los casos de prescripción, pago, compensación, falta de cualidad e interés traídos a los autos por argumentos de las partes.*" (Humberto E. T. Bello Tabares, *La Casación Civil, Propuestas para un Recurso Eficaz y Constitucional*, Ed. Paredes, Caracas-Venezuela, pg. 517.). (El inclinado es nuestro).

**6.3.-** Para analizar los argumentos señalados por el recurrente, hay que indicar que los juzgadores al resolver deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a decisión, es decir a los términos en que quedó trabada la litis. En el escrito por el cual el señor Ortiz Gutiérrez completó su demanda (fojas 61 del expediente de instancia), señaló que su pretensión es que: "*1/4 se declare tanto la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada el día 28 de julio de 2010 por la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, mediante la cual se declara la nulidad de la Resolución dictada el día 24 de febrero de 2010 dentro del recurso de apelación No. 063-A-09-DPSG; así como de todo el*

*procedimiento administrativo sancionatorio seguido en mi contra. En consecuencia, una vez declarada la nulidad de pleno derecho, se deberá ordenar el levantamiento de la clausura impuesta a la "Clínica Ortiz Solidaria", así como la nulidad de la multa impuesta en mi contra."* Por su parte, la Procuraduría General del Estado presentó las siguientes excepciones: a) Falta de derecho del actor; b) Improcedencia de la demanda; c) Incumplimiento de los requisitos que debe contener la demanda para su aceptación al trámite, d) Legitimidad, validez y eficacia jurídica de los actos, procedimientos y ejecuciones de las autoridades de salud; e) Oscuridad de libelo; f) Falta de lealtad procesal y buena fe para litigar; y g) Abuso del derecho; mientras que el Ministerio de Salud Pública presentó estas excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; b) Falta de derecho del actor para demandar; c) Objeto de la legalidad e improcedencia de la acción; d) Ilegitimidad de personería; e) Falta de legítimo contradictor; f) Nulidad de la causa; y, g) Caducidad y prescripción. Por su parte, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, resolvió que *"rechaza la demanda presentada por el señor Luis Washington Ortiz Gutiérrez, en contra del Procurador General del Estado y del Ministerio de Salud Pública; y, ratifica la legalidad del acto administrativo impugnado. Sin costas ni honorarios que regular."* Por lo manifestado, este Tribunal de Casación considera que la parte resolutive del fallo del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil concuerda con la pretensión del señor Ortiz Gutiérrez y con las excepciones propuestas, por lo que se rechaza el vicio alegado por el recurrente con fundamento en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más consideraciones, este Tribunal de Casación, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: No acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Luis Ortiz Gutiérrez; y por tanto no casa la sentencia impugnada, expedida el 25 de enero de 2016, 10h44, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL (PONENTE)**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E)**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E)**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125382236-DFE

Juicio No. 17811-2017-00650

**Resolución No 239-2020**

**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, miércoles 10 de junio del 2020, las 09h33. VISTOS:**

**1.- AYOCCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: a) El doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019; y, los Conjueces Nacionales doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango, fueron designados por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018 y ratificados el 15 de noviembre de 2019. b) Por ausencia definitiva del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados Jueces Nacionales encargados, en virtud de los oficios No. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG, respectivamente, ambos de 20 de noviembre de 2019 y suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; c) Por el sorteo pertinente el conocimiento de este proceso recayó en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo en calidad de Juez ponente, y por los doctores Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

**2.- COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO DE CASACIÓN:** La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia es competente para resolver este recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

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

**4. VALIDEZ PROCESAL:** En la tramitación del recurso de casación se han observado las

formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

#### **5.- RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO:**

El recurso de casación ha sido interpuesto por la Contraloría General del Estado, en contra de la sentencia, dictada el 29 de enero de 2019 y el auto de 7 de febrero de 2019, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. **17811-2017-00650**; recurso que ha sido calificado por el Tribunal de instancia, en auto expedido el 21 de febrero de 2019.

**6.- ADMISIÓN DEL RECURSO.-** El Conjuetz Nacional ha admitido el recurso de casación en auto de 2 de agosto de 2019, las 09h50, en lo relacionado a las causales prevenidas en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), contenidas en sus numerales: (i) segundo por falta de motivación, (ii) cuarto, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenido en el artículo 164 del COGEP, que habría conducido a la no aplicación del artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) y 121 de su Reglamento; y, (iii) quinto, por errónea interpretación del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE).

**7.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA:** La actora del juicio de instancia, ha propuesto acción de plena jurisdicción o subjetiva en contra de la Contraloría General del Estado y del Procurador General del Estado impugnando la Resolución No. 00760 DDR, de 29 de marzo de 2017, emanada del señalado Órgano Contralor del Estado, que le ha sido notificada el 3 de abril de 2017.

El Tribunal de instancia ha expedido sentencia el 29 de enero de 2019, en la cual, aceptando la demanda declaró la nulidad del mencionado acto administrativo, sustentando su decisión en las consideraciones siguientes:

<sup>a</sup>5.4.1.- Que no existe el vicio de nulidad absoluta alegado por la actora respecto de que el informe habría sido suscrito por el señor Galo Carrillo Ureña, cuando ya no ostentaba el cargo de Director de Auditoría de Producción, Ambiente y Finanzas, pues consta demostrado que a la fecha en que fue remitido su informe, esto es fecha 6 de septiembre de 2013, mediante memorando No. 859-DAPAyF, el referido ciudadano ocupaba el referido cargo de

Director de Auditoría de Producción, Ambiente y Finanzas, por lo que no tiene asidero la aseveración de que el informe del examen especial DAPAYF-0008-2014 es nulo por que el señor Galo Carrillo Ureña ya no tenía capacidad para emitir su informe, ya que no se puede confundir la fecha en que emitió dicho funcionario su informe, con aquella fecha en que el Contralor o su delegado procede a aprobar el informe, 14 de marzo de 2014°.

<sup>a</sup> 5.4.2.- El segundo aspecto controvertido atañe a verificar si efectivamente la observación del órgano contralor se halla debidamente motivada y sustentada.

Al respecto una vez analizado el contrato 1020 en su totalidad, incluidos los términos de referencia, el Tribunal Distrital aprecia que no existe en forma expresa la exigencia de los productos que el organismo auditor exige, los cuales constituyen una interpretación realizada al contrato y los términos de referencia, asunto que desvanece la presunción de legalidad el acto impugnado Resolución No.0000760-DRR de 29 de marzo de 2017, pues constituye una interpretación del equipo auditor, que existiría una convención sobre unos supuestos productos, los cuales a criterio del referido equipo auditor serían:

<sup>a</sup> Detalle de los procesos observados por la Contraloría General del Estado con la validación del informe correspondiente y su implementación por parte de cada Unidad Administrativa del Ministerio del Ambiente.

Descripción de los procedimientos legales que deberá implementar el Ministerio del Ambiente para desvirtuar las conclusiones y recomendaciones que se generen para cada proceso, de ser el caso.

Descripción de las recomendaciones legales a implementarse en los casos de los procedimientos contenciosos administrativos seguidos contra el MAE o propuestos por el MAE, y cualquier otro informe de la naturaleza de la contratación que fuere necesario y debidamente solicitado por el MAE°

Por otro lado, consta que el contratista cumplió con sus obligaciones de asesoramiento en los aspectos que le fueron requeridos, de manera que no se puede imputar incumplimiento contractual o afectación de orden económico alguno al contratista, cuando el mismo cumplió a cabalidad los asuntos que se le encomendaron[:] asumir y patrocinar, de lo cual consta el respectivo informe, si[n] que exista una efectiva demostración de que el contratista o la administradora del contrato hayan dejado de actuar diligentemente en el cumplimiento de sus

obligaciones.

De lo indicado es claro que la impugnación sobre la falta de motivación para el establecimiento de la Responsabilidad en contra de la actora, no tiene asidero, pues justamente de conformidad con el Art. 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado correspondía a ésta demostrar las imputaciones no solo de la inobservancia de las obligaciones por acción u omisión, sino además el efectivo perjuicio irrogado por el contratista, lo cual en el caso bajo análisis no existe, pues justamente el contratista realizó un conjunto de actividades que constan del informe de 30 de diciembre de 2010, de fojas 52 a 59 del proceso.

La motivación es un mecanismo que restringe la arbitrariedad, justamente evita que se la autoridad pueda abusar de sus atribuciones obligándole a explicar razonadamente y fundadamente su decisión, en los términos ordenados por el Art. 76 numeral 7 letra 1 de la Constitución, el acto que no guarda concordancia con dicho precepto, por disposición expresa es nulo°.

## **8.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN**

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

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

**9.- FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO, RESPECTO DE LA CAUSAL SEGUNDA.-** Sobre esta causal, la recurrente afirma que el fallo que ataca incumple principalmente con el elemento de lógica ya que no existe coherencia entre las premisas y la conclusión, transcribiendo los numerales 5.4.1 y 5.42 de la sentencia reprochada, arguyendo que el fallo, no establece que la actora del juicio de instancia en el ejercicio de sus funciones, no exigió el cumplimiento de los productos esperados constantes en el contrato, con los pagos que indica; que en ese sentido se comprobó que no se dio cumplimiento al contrato ni existe evidencia de los productos esperados. Hace mención a pronunciamientos que sobre la motivación ha expedido la Corte Constitucional. Señala que el Tribunal tuvo como premisa mayor que el contratista cumplió con sus obligaciones de asesoramiento, de manera que no se puede imputar incumplimiento cuando cumplió sus obligaciones, conforme consta en el respectivo informe. Que la <sup>a</sup>impugnación sobre la falta de motivación para el establecimiento de la Responsabilidad en contra de la actora, no tiene asidero, pues justamente de conformidad con el Art. 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado correspondía a ésta demostrar las imputaciones no solo de la inobservancia de las obligaciones por acción u omisión, sino además el efectivo perjuicio irrogado por el contratista, lo cual en el caso bajo análisis no existe, pues justamente el contratista realizó un conjunto de actividades que constan del informe de 30 de diciembre de 2010°. Que la sentencia no cumple con los criterios de motivación, establecidos y cuya exigencia consta en las normas constitucionales y legales que señala.

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

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

La causal relacionada al defecto o ausencia de la motivación exige que la fundamentación determine de modo explícito y con el razonamiento lógico el por qué la sentencia contiene

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

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

En el escrito de interposición, el recurrente no establece argumentos adecuados que permitan evidenciar la existencia del vicio acusado. Efectivamente, la argumentación de la casacionista se limita a hacer una alegación de su desacuerdo con el fallo emitido por el Tribunal de instancia; remitiéndose a la consideración de que la Contraloría al expedir la resolución impugnada en el juicio de instancia, no ha valorado las actuaciones de ese órgano al determinar que en el caso se ha producido el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, de las cuales deriva el establecimiento de la responsabilidad civil en contra de la accionante. De lo cual se infiere que en realidad la casacionista pretende que, por medio del vicio de defectos de la motivación que aduce, esta Sala haga una nueva valoración de la prueba, lo cual está prohibido por el artículo 270 del COGEP, en su penúltimo inciso, que ordena: <sup>a</sup> No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba<sup>o</sup>. En efecto, solo haciendo una revisión de la prueba, que fuera valorada ya por el Tribunal de instancia, lo cual pertenece a su propia soberanía jurisdiccional, este Tribunal de Casación, podría arribar potencialmente a una decisión distinta a la que se emitió en la sentencia interpelada.

Razones por las cuales el recurso de casación interpuesto, usando el vicio de falta de motivación, previsto en la causal invocada, es improcedente; tanto más que la sentencia atacada explica claramente cómo llegó a la conclusión de que al contratista no se le podía

exigir el cumplimiento de aspectos que no constaban en las obligaciones que contrajo.

**10.- FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO, RESPECTO DE LA CAUSAL CUARTA.-** Respecto de esta causal, el casacionista alega que la sentencia recurrida está viciada por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenido en el artículo 164 del COGEP, que habría conducido a la no aplicación del artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y 121 de su Reglamento.

La Corte Nacional de Justicia a través de sus distintas Salas Especializadas, ha sostenido que para que prospere la causal cuarta, el casacionista tiene: <sup>a</sup>i) que identificar la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital infringió el ordenamiento jurídico; ii) que se indique las normas procesales que se estima infringidas; iii) que se demuestre cómo el Tribunal incurrió en la infracción; iv) se señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente y la manera en que esto último se ha producido.<sup>o</sup> (Resolución No. 190-2015 de 29 de mayo de 2015, recurso de casación 235-2011; Resolución No. 56-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 542-2011; Resolución No. 53-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 308-2010).

Es pertinente por ello, determinar inicialmente si la norma legal, que según la casacionista no ha sido aplicada, es de aquellas que pertenecen a la categoría de precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba; para ese objeto se aprecia que el artículo 164 del COGEP ordena:

<sup>a</sup> Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

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

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión<sup>o</sup>.

Sobre esta causal, la doctrina enseña que corresponde al recurrente <sup>a</sup>demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la

alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación (¼) La casación civil ecuatoriana, sin lugar a dudas, pertenece al llamado sistema puro y no al ecléctico; precisamente para que no se caiga en el error de creer que nuestra Ley se ha adherido a este último uno de los autores del anteproyecto, el DR JORGE ZAVALA EGAS, explica el alcance de la causal (¼) de la siguiente manera: <sup>a</sup>Es una violación directa de la norma jurídica que impele a valorar la prueba de los hechos en una forma distinta a la que ha efectuado el juez, la misma que guía al juez a la violación, ya no directa, mas sí indirecta, de la norma sustancial(..). Nuestra Ley, a contrario sensu, acepta el error en la valoración de la prueba exclusivamente cuando haya sido producto de la violación de normas jurídicas que la regulan. Debe haber, pues, expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda; mientras que la objetividad de la prueba, el criterio sobre los hechos que estableció el juez de instancia, su grado persuasivo, no pueden ser alterados por la Corte Suprema, al fallar sobre el recurso de casación<sup>o</sup> (*Andrade. Santiago. La Casación Civil en el Ecuador. 2005. UASB. Pág. 150 a 152*).

Por manera que, el recurso de casación para que proceda por esta causal, debe especificar la prueba que no ha sido valorada y la violación de la norma legal que ha establecido la forma en que ha de ser valorada una prueba, sus elementos o requisitos a los cuales el juzgador ha de someterse; más en la especie, la entidad recurrente señala que la norma de valoración de la prueba que ha sido infringida está contenida en el artículo 164 del COGEP (transcrito), respecto del cual, por cuanto su texto es similar al derogado artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, es pertinente remitirse al mismo texto del Dr. Santiago Andrade Ubidia, quien refiere a la sentencia de 31 de octubre de 1995 expedida por la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia, que al respecto señala: <sup>a</sup>*La doctrina de Casación Civil atribuye a la soberanía del Tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de Instancia o su desestimación al considerarlos insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte de Casación a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca. El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de*

*contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado° (Pág. 152).*

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

De otra parte, se alega que la infracción del artículo 164 del COGEP, <sup>a</sup> transgrede las normas de valoración del medio de prueba, y consecuente transgresión de la correspondiente valoración de la prueba, que enuncio a continuación°, transcribiendo los artículos, 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y 121 de su Reglamento; que ordenan:

<sup>a</sup> Art. 70.- Administración del Contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones°.

<sup>a</sup> Art. 121.- Administrador del contrato.- En todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las

acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque ésta actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato°.

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

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

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

Se entiende como normas sustantivas o materiales aquellas que tienen como finalidad el establecimiento de derechos, privilegios u obligaciones, encaminadas a ordenar las relaciones entre las personas, naturales o jurídicas, que integran una sociedad; en tanto que las normas adjetivas o procesales, son aquellas que instrumentan los mecanismos para que los derechos materiales puedan hacerse efectivas (Abelardo Torré, Introducción al Derecho, Edit. Perrot, Bs. As., Argentina, pág 142, 1998. 11ma Edición).

De la lectura de las normas contenidas en el artículo 70 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento, puede determinarse sin ninguna dubitación, que estas no son normas sustantivas como exige la causal invocada, sino disposiciones jurídicas de naturaleza procesal; las que, pertinentemente ordenan que los contratos deben contener estipulaciones sobre las funciones que deben cumplir los administradores y fiscalizadores, la forma de designar al administrador del contrato y sus atribuciones. Lo que determina que el recurso no puede proceder por no ajustarse a las exigencias de la causal invocada.

**11.- FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO, RESPECTO DE LA CAUSAL QUINTA.-** quinto, por errónea interpretación del artículo 52

de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE)

La causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos establece como vicios que pueden permitir que se case una sentencia o auto recurrido, los vicios de <sup>a</sup>aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto°.

La causal invocada contiene los denominados vicios in iudicando, referentes a la violación directa de normas de derecho sustantivo, las cuales, como hemos sostenido son aquellas que establecen derechos, privilegios u obligaciones; de ahí su calidad de normas materiales. La disposición legal que se dice ha sido erróneamente interpretada está contenida en el artículo 52 de la LOCGE, que ordena:

<sup>a</sup> Art. 52.- Alcance.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia°.

Afirma la entidad casacionista que en la sentencia recurrida los juzgadores hacen relación a la norma infringida señalando que según esta correspondía a la Contraloría demostrar las imputaciones no solo de la inobservancia de las observaciones por acción u omisión, sino además el efectivo perjuicio irrogado por el contratista, lo cual en el caso no existe, pues el contratista realizó actividades que constan en el informe de 30 de diciembre de 2010.

Que, el Tribunal de instancia yerra en la interpretación de la norma cuando en su decisión

estima que en el caso de la actora no se han configurado los elementos de acción u omisión previstos en aquella, por cuanto consideran que el contratista cumplió con sus obligaciones de asesoramiento que le fueron requeridas, por lo que no se puede imputar incumplimiento contractual o afectación de orden económico alguno.

Sostiene que el equipo auditor, en la resolución impugnada, estableció que la actora en el ejercicio de sus funciones como Coordinadora General Jurídica y Administradora del contrato con el Programa de Reparación Ambiental y Social, no exigió el cumplimiento de los productos esperados constantes en los términos de referencia del contrato y que el detalle de actividades presentadas por el contratista se refieren a actividades realizadas y presentadas sobre intervenciones y temas relacionados con acciones de control que realiza Contraloría, inobservando el contrato. Que, para que el razonamiento del Juez trascienda el análisis jurídico del sentido de la norma, debe verificar los hechos y establecer si se encuadran en sus presupuestos que posibilitan el establecimiento de la responsabilidad civil; por lo que, el análisis debe partir del caso concreto hacia el sentido normativo y no desde el sentido abstracto de la ley; que el Tribunal interpretó la norma infringida de manera aislada con los hechos, alejándose del contenido, incidiendo en la decisión judicial, ya que de haber interpretado correctamente la norma legal el resultado de la decisión sería distinto.

La causal en análisis, <sup>a</sup>Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal *ad-quem* sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente<sup>o</sup> (Resolución 192-24 de marzo 1999. Juicio 84-98. ROS 211 14 Jun. 1999. Citado por Andrade, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 181).

En efecto, la violación directa de norma sustantiva implica que la valoración de la prueba y la apreciación de los hechos efectuada por el Tribunal de instancia, al expedir la sentencia materia del recurso de casación, son correctos; es decir, sobre los antecedentes fácticos y sus apreciaciones o valoraciones no existe duda alguna; razón por la que los vicios, en los modos establecidos en el caso cinco, hacen relación a la directa violación de la disposición jurídica de orden sustantivo, como recomienda la doctrina.

La errónea interpretación de normas jurídicas de derecho sustantivo, enseña la doctrina, es el vicio por el cual se aplica debidamente una norma jurídica al caso concreto, aunque el juzgador da a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. <sup>a</sup> *Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado*<sup>o</sup>. (Murcia Ballén, Humberto, <sup>a</sup>La Casación Civil en Colombia<sup>o</sup>). Asimismo, se sostiene que: <sup>a</sup>la interpretación errónea ocurre cuando el precepto legal aplicado en la sentencia es el pertinente, pero se le da un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del Legislador. Tal situación es entonces una violación directa de la ley..<sup>o</sup> R.O. No. 238 5/enero/2001. Pág. 19<sup>o</sup> (citado por Tama Manuel. El recurso de Casación en la jurisprudencia nacional. Edilex. 2011. Pág.151).

Efectivamente, el yerro de errónea interpretación hace relación a la norma sustancial que habría sido infringida de modo directo en la sentencia de la que se ha recurrido, sin que la causal refiera al error en la interpretación de los hechos que forman el antecedente fáctico del caso, como es lo que ocurre en la fundamentación que sobre este caso formula la casacionista; lo cual implica en definitiva que la Sala de Casación deba efectuar un nuevo análisis de los hechos y por ende una valoración distinta de la prueba actuada en el juicio de instancia; lo cual aparte de estar prohibido por el penúltimo inciso del artículo 270 del COGEP, no corresponde ciertamente a la causal invocada en la que debe justificarse la forma en que el juzgador de instancia, erró en la interpretación de la norma sustantiva que habría sido infringida.

La interpretación de la norma jurídica opera en función de los métodos que la legislación o la doctrina aconsejan en cada caso; y cada método de interpretación contiene sus propias reglas; no es por tanto una interpretación arbitraria, sino de técnica jurídica sustancial. Es por eso que el casacionista debe identificar el método de interpretación que ha sido usado por el juzgador en la decisión que ataca, y sostener por qué aquél no correspondía aplicarlo al caso; o, si ese era el pertinente establecer las reglas del método que no han sido aplicadas o la distorsión que el juzgador efectuó de las que fueron usadas en el caso. Ninguno de estos factores está presente en la fundamentación de esta causal; razón por la cual la misma no ha sido

justificada debidamente para que pueda ser procedente.

**12.- DECISIÓN:** Con sustento en las motivaciones que han sido expuestas y en virtud de que el casacionista no ha justificado la existencia de los vicios que fundamentaron su recurso, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación propuesto por la Contraloría General del Estado y, consecuentemente, **NO CASA** la sentencia expedida el 29 de enero de 2019, dentro del juicio No. 17811-2017-00650.

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

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

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E)**

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

128139278-DFE

Juicio No. 17811-2017-00650

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, miércoles 22 de julio del 2020, las 11h06. **VISTOS:**

La abogada María Lorena Figueroa Costa, Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado y delegada del señor Contralor General del Estado, en escrito de 15 de junio del 2020, solicita a esta Sala aclaración y ampliación de la sentencia emitida el 10 de junio de 2020, las 09h33, en el sentido de que: *“**Se amplíe la sentencia, en razón de que el asunto controvertido por el Ente de Control, se fundamentó y sustentó el recurso de casación, fueron por falta de motivación y valoración de la prueba, por el hecho de que el contratista incumplió con las obligaciones del contrato de asesoramiento en los aspectos que le fueron requeridos; porque lo que, solicito se amplíe la misma respecto a la responsabilidad del contratista que es el punto controvertido**”*. Con tal requerimiento se corrió trasladado a la parte contraria, sin que por su parte haya merecido contestación alguna; y, estando la causa para resolver lo pertinente esta Sala considera:

El Artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, 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 indudablemente cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. Desde luego que, según ordena el artículo 100, inciso primero del mismo Código que: *“**Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas. Podrá, sin embargo, aclararla o ampliarla a petición de parte, dentro del término concedido para el efecto.**”*. En la especie, por un lado es evidente que el peticionario no pretende la aclaración del fallo, ya que no señala la obscuridad que lo afectaría; sino que únicamente queda en un mero enunciado en su escrito; y, por otro lado respecto a la ampliación solicitada, se tiene que de la simple lectura de la sentencia recurrida a partir del numeral 9 se puede apreciar que esta Sala Especializada realizó un análisis exhaustivo de los casos previstos en el artículo 268 del COGEP, contenidos en sus numerales: (i) segundo por falta de motivación, (ii) cuarto, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenido en el artículo 164 del COGEP, que habría conducido a la no aplicación del artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) y 121 de su Reglamento; y, (iii) quinto, por errónea interpretación del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que fueron precisamente los alegados por el recurrente en los cuales, fundamentó su recurso de casación, es decir que esta Sala en la sentencia en mención analizó con claridad, exactitud y de manera completa el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, por tanto el contenido del fallo es suficientemente explícito, claro e inteligible, resolviendo todos los puntos controvertidos, que no cabe duda respecto a la decisión adoptada, razones por las cuales se niega la aclaración y ampliación requerida.- **Notifíquese.**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

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

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E)**

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125382040-DFE

Juicio No. 01803-2018-00030

Resolución No 240-2020

**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, miércoles 10 de junio del 2020, las 09h31. **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. **01803-2018-00030**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia del Juez Nacional doctor Patricio Secaira Durango; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjueces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales abogada Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; Conjueces que avocamos conocimiento de la presente causa; la cual se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

**2.- ANTECEDENTES:**

**2.1.** La Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, expidió la sentencia, dentro de esta causa signada con el No. 01803-2018-00030 el martes 19 de febrero del 2019, las 08h54, promovido por la señora PAOLA ALEJANDRA ORTIZ BENAVIDES, en contra de la Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado, en la cual ha resuelto que: *“ ¼ declara parcialmente con lugar la demanda y en consecuencia la nulidad de la Resolución signada con el No. 3867 de fecha 18 de octubre de 2016, emitida por el Señor Subcontralor General del Estado, Subrogante, y notificada el 20 de diciembre de 2017; en, lo que corresponde a la ahora accionante; debiendo dejarse sin efecto la orden de remitir al Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado, el acto administrativo*

**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por  
PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO  
JUEZ NACIONAL  
C-QUITO  
0001896289  
0200419073

*para que se recaude vía título de crédito el valor que se ha dispuesto su restitución como orden de reintegro. Sin costas. Notifíquese°.*

**2.2.** Que el doctor Diego Iván Espinosa Ramos, en su calidad de Director Provincial de Azuay de la Contraloría General del Estado y delegado del doctor Pablo Celi De La Torre Contralor General del Estado Subrogante, accionado del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundado en la causal segunda prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

**2.3.** El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 8 de julio de 2019 las 08h10, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

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

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

#### **5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN**

La Casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, que han sido emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales.

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

**6.- DECISIÓN DEL JUEZ DE INSTANCIA:** El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimaron que: *“ ¼ SÉPTIMA.- Obran de autos: La Resolución No. 3867 de 18 de octubre de 2016, notificada el 20 de diciembre de 2017; en virtud de la cual se resuelve: Del expediente de orden DPR-0010-70 por el valor de 63.420 USD predeterminado en contra del consultor y servidores del Consejo de la Judicatura de Transición, proceder así; en la parte pertinente: “ Confirmar el Valor de 63.420 USD, predeterminada mediante las órdenes de reintegro Nos. 079 y 083 de 23 de marzo de 2016, en contra de los señores: Paola Alejandra Ortiz Benavides, consultora, como responsable principal, y, como responsable subsidiario el señor Hugo Patricio Molina Sarabia, administrador del contrato, quien al ser responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y exclusión previstos en el Art. 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con el artículo 2259 de la Codificación del Código Civil; consultor y servidor; en el período analizado del Consejo de la Judicatura de Transición. Remitir copia certificada de la presente resolución al señor Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado. Pero porqué se emite esta Resolución; en contra de la ahora accionante; por cuanto en calidad de consultora se benefició del pago del 50% del anticipo del Contrato de Consultoría No. 143-2011; sin que el mismo esté devengado, ya que los productos no han sido recibidos por el Consejo de la Judicatura de Transición; valor que se mantiene ya que no existe constancia de la recepción definitiva; por lo que se consideran incumplidas las cláusulas contractuales; Cuarta, referente al Objeto; pues se comprometía a entregar planos arquitectónicos definitivos; planos estructurales y estudios de suelos; planos de instalaciones eléctricas; planos de instalaciones hidrosanitarias; planos de instalaciones especiales, planos de cableado de voz y datos; planos de instalaciones contra incendios, planos de aire acondicionado, planos de accesos magnéticos; planos de CCTV; presupuesto referencial y estudio de precios unitarios; respaldo magnético; aprobación de planos por parte del Municipio; y, Décima Cuarta sobre la recepción definitiva del Servicio de Consultoría 14.01. El Certificado conferido por la Directora Nacional Financiera del Consejo de la Judicatura de Transición de fecha 09 de agosto de 2012; mediante el cual indica que se le otorgó a la ahora accionante un anticipo de \$63.420, el que se encuentra amortizado en su totalidad. - La comunicación remitida por la Directora Nacional Financiera del Consejo de la Judicatura, de fecha 26 de noviembre de 2012, a la Arq. Paola Ortiz Benavides, mediante la cual le entrega las pólizas originales del buen uso del anticipo No. 115934, la póliza de Fiel Cumplimiento del Contrato No. 115526. - El acta de entrega recepción definitiva del Contrato de Consultoría para los Diseños y Estudios para Unidades Especializadas de la Función Judicial del cantón Quevedo de la provincia de Los Ríos; entre el Consejo de la Judicatura en Transición y la Arq. Paola Alejandra Ortiz Benavides, de fecha 22 de octubre de 2012. Se debe considerar que como resultado del examen especial efectuado a los procesos precontractual, contractual y de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, incluidos los de*

*consultoría del Consejo de la Judicatura de Transición, por el período comprendido entre el 26 de julio de 2011 y el 30 de mayo de 2012 que se realizó con cargo a imprevistos del Plan Anual del año 2012 y alcance con oficio 12298-DA1-2012 de 5 de junio de 2012 de la Dirección de Auditoría de la Administración Central de la Contraloría General del Estado, se predeterminó Órdenes de Reintegro Nos. 079 y 083, en contra de la consultora como responsable principal y como subsidiario el administrador del contrato, por el valor de 63.420 USD, en fecha 23 de marzo de 2016. Se les concedió el plazo de noventa días para que efectúen el reintegro o soliciten su reconsideración, debiendo adjuntar las pruebas pertinentes. A la ahora accionante se le notifica en fecha 01-04-2016. De la misma resolución impugnada se determina que dentro del plazo legal, los administrados dieron contestación a las órdenes de reintegro predeterminadas en su contra, en el caso de la ahora accionante mediante escrito ingresado en la Contraloría General del Estado, el 30 de junio de 2016 y que en el mismo se indica que el valor entregado en anticipo se encuentra a la fecha totalmente amortizado; sin embargo de parte del ente de control se señala que la documentación al estar en copia simple y al no contarse con la seguridad de que se trata de documentos fidedignos debido a la omisión en el cumplimiento de ésta formalidad, no procede analizar y valorar el contenido de la prueba a fin de determinar si cumple con el objeto inmediato que es acreditar los hechos expuestos por las partes, por lo que ante la ausencia de pruebas válidas el fundamento de la predeterminación se mantiene en iguales términos. Si bien en el Informe General emitido con motivo del examen especial a los procesos señalados, por el período 26 de julio de 2011 al 30 de mayo de 2012, en la parte referente a objetivos del examen se establece en el primer objetivo general que es verificar la propiedad, legalidad y veracidad de las operaciones administrativas y financieras; y si la ahora accionante presentó conforme señala la Resolución impugnada documentación en copia simple; y lo hizo dentro del término de noventa días concedido; no lo hizo el último día; el ente de control debía necesariamente solicitar que presente la documentación en copia certificada u originales; y lo que es más oficiar al Consejo de la Judicatura, entidad contratante, para que remita la documentación requerida; a fin de lograr el objetivo que es verificar la veracidad y legalidad de las operaciones administrativas y financieras; considerando además que se trataba de documentación emitida en el año 2012; que de ello dependía la procedencia de emitir la Resolución que se impugna, la que se emite en fecha 18 de octubre de 2016 y notificada el 20 de diciembre de 2017; y, no lo hizo. (1/4) En el presente caso la Resolución impugnada adolece de indebida motivación, pues en la misma no se ha considerado los antecedentes de hecho para enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda, contrariando lo dispuesto en el Art. 76 de la Constitución que su numeral 7 literal l) consagra: Las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivados. 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. Es decir que también es causa de nulidad la indebida motivación. (1/4) Por lo antes expuesto, en razón de las constancias procesales; éste Tribunal de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con Sede en la ciudad de Cuenca, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", declara parcialmente con lugar la demanda y en consecuencia la nulidad de la Resolución signada con el No. 3867 de fecha 18 de octubre de 2016, emitida por el Señor Subcontralor General del Estado, Subrogante, y notificada el 20 de diciembre de 2017; en, lo que corresponde a la ahora accionante; debiendo dejarse sin efecto la orden de remitir al Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado, el acto administrativo para que se recaude vía título de crédito el valor que se ha dispuesto su restitución como orden de reintegro. Sin costas. Notifíquese°.*

**7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:** El casacionista, al interponer su recurso, lo hace basándose en la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, argumentando que la sentencia que reprocha es la expedida por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, el 19 de febrero del 2019, las 08h54, dentro del juicio No. 01803-2018-00030.

Manifiesta el recurrente que, existe la falta de motivación ya que: *" 1/4 la consideración séptima inicia con un recuento del acto administrativo que se está impugnando y en qué se sustenta y a reglón seguido se indica esta documentación, con lo que incluso en su estructura lógica de la sentencia, no se sabe si esto consta en la Resolución, si se encuentra en el expediente administrativo, si es documentación de la parte accionante o recaudos del propios tribunal, aspecto que por sí solo ya constituye una vulneración del principio constitucional de la motivación, (1/4) se hace alusión a que la resolución acepta que la administrada dio contestación a la predeterminación, aspecto que en ningún momento ha sido objeto de excepción o referencia en contrario, y más bien, lo que fundamenta la resolución es lo que el mismo Tribunal transcribe, que la documentación presentada no cumple con los requisitos formales para ser considerada como prueba válida y legalmente actuada como para justificar los hechos que se le imputan a la accionante. (1/4) Queda evidenciada la falta de motivación en que incurren los señores Jueces al momento de dictar su fallo, puesto que a ellos les corresponde analizar los hechos que son puestos en su conocimiento y sustentarlo con las pruebas aportadas y practicadas por las partes dentro de la audiencia de juicio, no pueden sustentar un fallo, en "análisis" respecto a los objetivos del examen especial, y peor aún sacar sus propias y particulares conclusiones y razonamientos, respecto a lo que debía o no debía hacer el Ente de Control para cumplir con esos objetivos del examen; y, más grave aún, establecer procedimientos que se encuentra*

*alejados del proceso reglado que rige una auditoría, manifestando que le correspondía a la Contraloría General del Estado, recabar pruebas o validar las mismas para pronunciarse o no en un acto administrativo, y que EL NO HACERLO, atenta contra la correcta motivación de la resolución que se impugna; (1/4) es decir, revertir la carga de la prueba sin ningún sustento legal y que sea el Organismo de Control quien deba "justificar" los hallazgos encontrados por sus auditores y no, COMO LO ESTABLECE LA LEY, el administrado quien presente sus descargos; es decir, como se puede evidenciar, son los señores Jueces del Tribunal, quienes vulneran la garantía constitucional de la motivación en su fallo, (1/4) el Tribunal yerra en su motivación, ya que al analizar los elementos de la motivación del acto impugnado, considera que el Ente de Control no ha "considerado los antecedentes de hecho"; aspecto que se aleja de la realidad, por cuanto, precisamente por cuanto se consideraron estos hechos es que se estableció la Orden de Reintegro en contra de la accionante, ya que no existió constancia de que los valores recibidos por concepto de anticipo del contrato suscrito con el Consejo de la Judicatura de Transición, se encuentre devengado; constancias que debían ser presentadas en documentos que tengan validez legal que puedan dar la certeza jurídica de lo que se alega, al no tener esas condiciones, los elementos de hecho de lo sucedido se encuentran perfectamente descritos y analizados en el acto que se impugna, por lo que la conclusión del Tribunal en su fallo, de que no se los ha considerado, no tiene lógica real ni jurídica; y adicionalmente a ello, indicar que no se ha considerado estos antecedentes de hecho PARA ENUNCIAR LAS NORMAS O PRINCIPIOS JURÍDICOS EN QUE SE FUNDA, evidencia la ausencia de motivación 1/4°.*

**8.- SOBRE LA CAUSAL INVOCADA:** La causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos dispone: *"El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4) 2.- Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación"*. Al respecto vale referirse a lo que el tratadista Fernando de la Rúa dice: *"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. La exigencia es una garantía de justicia a la cual se la ha reconocido jerarquía constitucional como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación, además se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. El tribunal que deba conocer el eventual recurso reconocerá de la motivación los principales elementos para ejercer su control 1/4 La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y excluir lo arbitrario. La sentencia, enseña Florian, no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada. Por ella, la*

*<libertad de convencimiento no puede degenerar en un arbitrio ilimitado, y en la estimación de la prueba no puede imperar la anarquía, toda vez que la ley no autoriza jamás juicios caprichosos>¼ El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de su sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa, legítima y lógica sobre este requisito, se anota que el juez debe observar en la sentencia las reglas de recto entendimiento humano, que presiden la elaboración racional de los pensamientos. El juez debe ajustarse a sus principios. Si se aparta de ellos, las palabras no alcanzarán la jerarquía de pensamiento, y el fallo será inválidoº (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 146).*

Es claro que el requisito de motivación está encaminado a proscribir la arbitrariedad en la expedición de los fallos judiciales, garantizando el derecho no solo de las partes procesales, sino de todas las personas que acceden a su conocimiento; a fin de que puedan comprender con un lenguaje claro, sin abstracciones, las razones que llevan a los juzgadores a pronunciarse sobre los hechos puestos en su conocimiento, los cuales deben ser subsumidos en las normas jurídicas previas que ajustan efectivamente, sus presupuestos jurídicos a los antecedentes facticos del caso, que permiten llegar a una lógica y justa conclusión en la que se encuadra su decisión.

Desde luego que la incidencia de la motivación de la sentencia o de cualquier decisión judicial, tiene significativa importancia para las partes procesales, ya que de allí pueden derivar los elementos para contradecir la decisión judicial a través del uso de los recursos prevenidos en la ley y que tienen como propósito, en el doble conforme, dar un curso nuevo al proceso. Situación que ciertamente no acontece con el recurso de casación, el cual con su formalidad y estrictez, permite atacar la legalidad de la sentencia, solo mediante las causales que taxativamente están expresadas en la Ley, en el caso, en el artículo 268 del COGEP.

La motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos (premisas) que la fundamentan; debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Los hechos o sea la descripción fáctica es el presupuesto de aplicación de la ley y, por tanto, un requisito de la motivación en derecho de la sentencia; los hechos constituyen el sustento de la aplicación normativa.

Los artículos 89 y 90 del Código Orgánico General de Procesos y más aún la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 76, numeral 7, literal I), dispone que: "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:¼1) 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<sup>1/4</sup>.°*

A tono con tales normas la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sobre la motivación, en sentencia No. 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011, manifestó: *“La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión<sup>1/4</sup>Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada°* .

**9.- ANÁLISIS O MOTIVACIÓN.-** En la especie, de la lectura de la sentencia impugnada dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, se advierte que la misma no incurre en el vicio acusado, esto es, no existe la falta de motivación; pues el Tribunal ha realizado un claro análisis de los hechos, los cuales son concordantes con la decisión que adopta, la cual resolvió que: *“<sup>1/4</sup>declara parcialmente con lugar la demanda y en consecuencia la nulidad de la Resolución signada con el No. 3867 de fecha 18 de octubre de 2016, emitida por el Señor Subcontralor General del Estado, Subrogante, y notificada el 20 de diciembre de 2017; en, lo que corresponde a la ahora accionante; debiendo dejarse sin efecto la orden de remitir al Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado, el acto administrativo para que recaude vía título de crédito el valor que se ha dispuesto su restitución como orden de reintegro°* ; explicando cuál es el fundamento que le llevó a la convicción de considerar que el acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 3867 adolece de indebida motivación en razón de que en la misma no se ha considerado los antecedentes de hecho para enunciar las normas y principios jurídicos en que se funda, determinando en definitiva que aquello contraría lo dispuesto en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador, en tanto más que con dicha argumentación lo que pretende el recurrente a través de su recurso de casación y específicamente sobre la causal invocada es que se revise nuevamente la prueba actuada, al manifestar que *“<sup>1/4</sup>no existió constancia de que los valores recibidos por concepto de anticipo del contrato suscrito con el Consejo de la Judicatura de Transición, se encuentre devengado; constancias que debían ser presentadas en documentos que tengan validez legal que puedan dar la certeza jurídica de lo que se alega, al no tener esas condiciones, los elementos de hecho de lo sucedido se encuentra perfectamente descritos y analizados en el acto que se impugna<sup>1/4</sup>°* , lo cual evidentemente le está vedado a esta Sala Especializada de acuerdo a la causal invocada. En consecuencia, de la sentencia reprochada, se puede evidenciar que el Tribunal A quo en su sentencia, explica las razones

de su decisión, siendo posible controlar su actividad jurisdiccional, habiéndose movido ésta dentro de los parámetros de razonabilidad, lógica, legalidad, y comprensibilidad, concluyendo que tal decisión no es consecuencia de la arbitrariedad, que es el elemento que pueda acarrear a la existencia de la falta de motivación de la resolución judicial atacada. Razones por las cuales no se acepta el cargo por este vicio.

**10.- RESOLUCIÓN:** Sin que sea necesarias otras consideraciones, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de 19 de febrero de 2019, las 08h54, dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

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

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL**

**DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**JUEZ NACIONAL (E)**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125385313-DFE

Juicio No. 17811-2014-0463

**Resolución No 241-2020****JUEZ PONENTE: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO, JUEZ NACIONAL (E)  
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, miércoles 10 de junio del 2020, las 10h00. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución Ne 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** la 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 Ne 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** el 01 de junio de 2018 se sorteó la presente causa, 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, por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y por la abogada Cynthia Guerrero Mosquera; **d)** el Juez Nacional, doctor Pablo Tinajero Delgado, presentó su excusa para el conocimiento de la presente causa, la cual fue aceptada con auto de 08 de junio de 2018, motivo por el cual se realizó el sorteo de ley, correspondiendo conocerla el Conjuez Nacional, doctor Juan Montero Chávez, según consta en el acta de 15 de junio de 2018 que consta agregada al proceso; **e)** con Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019 el Pleno de Consejo de la Judicatura cesó en sus cargos, entre otros, a los Jueces Nacionales Pablo Joaquín Tinajero Delgado y Cynthia Guerrero Mosquera, así como al Conjuez Juan Montero Chávez; **f)** el doctor Iván Larco Ortuño ha sido designado como Conjuez Nacional mediante Resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional doctor Pablo Tinajero Delgado; **g)** el Conjuez Nacional doctor Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional abogada Cynthia Guerrero Mosquera; **h)** el Conjuez Nacional doctor Patricio Secaira Durango presentó su excusa para el conocimiento de la presente causa, la cual fue acepta con auto de 20 de diciembre de 2019, motivo por el cual el día 26 de diciembre de 2019 se realizó el sorteo de ley, correspondiendo conocerla al doctor Javier Cordero López; **i)** somos competentes para resolver la

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
C=EC  
E=SUERA  
SUERA

presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación; y, encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

### I.- ANTECEDENTES

**1.1.-** En sentencia de 12 de octubre de 2017 dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2014-0463 que siguen los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela en contra del consejo de la Judicatura, se resolvió acoger la excepción de legitimidad y legalidad de los actos administrativos impugnados, desechar la demanda y declarar la legitimidad y validez de la Resolución impugnada.

**1.2.-** Los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela solicitaron aclaración y ampliación de la referida sentencia, solicitudes éstas que fueron negadas por el Tribunal de instancia con auto de 31 de octubre de 2017.

**1.3.-** Los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela interpusieron recurso de casación, fundamentándose para el efecto en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

**1.4.-** Con auto de 15 de mayo de 2019 el Conjuetz Nacional de esta Sala Especializada admitió a trámite el recurso de casación interpuesto, exclusivamente por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación de los artículos 113, 108.8 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y por falta de aplicación del artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial; por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de *mínima petita*; y, por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de motivación.

### 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 emitida el 12 de octubre de 2017 por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 17811-2014-0463, adolece de los yerros acusados por los recurrentes; y, de comprobarse los

errores de derecho en la sentencia recurrida, se emitirá el fallo de mérito que en derecho corresponda.

**2.3.- Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial.-** Para fundamentar el recurso por esta causal los recurrentes aducen que en el escrito de su demanda han cuestionado el hecho de que en el sumario administrativo instaurado en su contra se ha utilizado de manera indistinta y contradictoria los términos <sup>a</sup> queja<sup>o</sup> y <sup>a</sup> denuncia<sup>o</sup>, por lo que transcriben el texto del artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial, para a continuación mencionar lo siguiente: <sup>a</sup>  $\frac{1}{4}$  *Del contenido de la norma transcrita se desprende con claridad suficiente que QUEJA y DENUNCIA son figuras distintas, que para su aceptación a trámite requieren de un procedimiento diferente; no se desprende de su contenido que el Director General del Rentas pueda presentar QUEJA, por lo que cabría que podía presentar DENUNCIA ; a esto arriba el Tribunal en forma contradictoria y parcial porque no discierne sobre la diferencia de las dos figuras ( $\frac{1}{4}$ ) según el contenido de la norma transcrita, el interés directo es condición necesaria para el denunciante, no para el quejoso; mal puede sostenerse entonces como lo hace erróneamente el Tribunal juzgador, como lo evidenciamos en el texto transcrito, que la Resolución del Consejo de la Judicatura es legítima, cuando en el proceso está evidenciada de manera diáfana esta contradicción; si leemos con atención el contenido del artículo 113 del COFJ, el Director General del Servicio de Rentas Internas, no-podía presentar QUEJA, sino DENUNCIA, porque "Tiene interés directo en dicho proceso" tal como arguye el Tribunal; sin embargo, nada dice sobre que en el inicio del sumario la autoridad administrativa del Consejo habla de DENUNCIA, y en la resolución de destitución del Pleno del Consejo, de QUEJA ( $\frac{1}{4}$ ) nosotros quedamos en la más absoluta indefensión porque nos defendimos de una denuncia y no de una queja; y si lo que presentó DENUNCIA, se vició el sumario de nulidad, pues el denunciante ni siquiera cumplió con la exigencia de la norma, de reconocer firma y rúbrica, pues ello no se evidencia del expediente del sumario<sup>o</sup>.*

Al respecto se debe indicar que la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que es la causal en la que se fundamenta el presente recurso, se refiere de manera exclusiva a la violación de normas de derecho sustantivo; mas sin embargo, en la fundamentación de este recurso los casacionistas se han remitido a asuntos netamente procedimentales, a tal punto que llegan a argumentar la nulidad del procedimiento administrativo por la falta de requisitos formales en la denuncia, así como un supuesto estado de indefensión; es decir, aducen asuntos relativos al debido proceso, aspectos éstos que solamente podían ser invocados al amparo de otra causal, distinta a la que sirvió de fundamento para este recurso.

Es necesario también señalar que para la procedencia de la causal primera del artículo 3 de la Ley de

casación, los casacionistas deben demostrar, entre otros aspectos, la trascendencia del vicio acusado, *a pues los errores sin trascendencia no son causal para casar el fallo, sino aquellas violaciones de la ley que tengan graves repercusiones*<sup>o</sup> (Resolución No. 89-2011 de 02 de marzo de 2001 dictada dentro del juicio No. 168-98, publicada en el Registro Oficial 323 de 10 de mayo de 2001). En la especie, los recurrentes se han limitado a señalar que existe un manejo indistinto de los términos *a queja*<sup>o</sup> y *a denuncia*<sup>o</sup> en la sentencia recurrida; mas sin embargo, esta Sala Especializada considera que la referida imprecisión del Tribunal de instancia resulta intrascendente y no tiene incidencia alguna en la parte resolutive del fallo recurrido, pues de todas maneras la acción disciplinaria puede iniciar por queja o por denuncia, y aún de oficio. Se debe además considerar que tanto la queja como la denuncia tienen el mismo propósito: poner en conocimiento de la autoridad administrativa competente la noticia de un hecho presumiblemente constitutivo de una infracción administrativa, por lo que en el presente caso resulta intrascendente la forma en que el Consejo de la Judicatura llegó a tener conocimiento del hecho, más aún si el Consejo de la Judicatura pudo haber iniciado el procedimiento disciplinario aún de oficio. Finalmente se debe señalar, que tanto en la queja como en la denuncia, los sumariados tienen la oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la defensa por los hechos que han sido imputados, que en el presente caso fue plenamente conocido por los hoy recurrentes.

En cuanto al vicio de errónea interpretación que es acusado por los recurrentes, es necesario recordar que éste se presenta cuando el juzgador ha aplicado la norma que correspondía al caso, pero le ha otorgado un alcance o sentido distinto al previsto por el legislador. *a Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo*<sup>o</sup> (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia). Entonces, como primer requisito para la procedibilidad de esta causal, es que el juzgador efectivamente haya aplicado la norma que se considera infringida, para solo entonces pasar a demostrar la errónea interpretación. En el caso *sub examine*, al momento de fundamentar el recurso por este vicio, los casacionistas transcriben el considerando sexto, numeral 6.1, de la sentencia recurrida, pero se verifica que en dicha transcripción el Tribunal de instancia no analiza ni considera el artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial, es más, ni siquiera lo menciona, por lo que esta Sala Especializada está imposibilitada de conocer cuál es la interpretación que el Tribunal de instancia ha dado a la referida norma, más aún si los recurrentes en ningún momento han explicado cuál es la correcta interpretación que se debía dar a dicha norma; motivos por los cuales se desecha el recurso por este extremo.

**2.4.- Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial.-** Para fundamentar el recurso por esta causal y vicio los casacionistas aducen: *“¼ Concluye el Tribunal, con total falta de congruencia y sin la menor hermenéutica, que existe falta de motivación en nuestra sentencia de mayoría (¼) la denuncia del Director General del Servicio General del Rentas, no fue por falta de motivación sino por ~~in~~debidada motivación~~en~~ dos situaciones jurídicas distintas (¼) si el argumento del denunciante era indebida motivación, ello no tiene concordancia con la conducta prevista en el artículo 108.8 del COFJ, que habla de falta de motivación, no de motivación indebida (¼) Nada de esto advierte el Tribunal juzgador en su decisión; por el contrario, en su afán de justificar la ilegal resolución del Consejo de la Judicatura, soporta su decisión en lo resuelto por la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección intentada por el Director del Servicio de Rentas Internas en contra de nuestra sentencia (¼) No puede un Tribunal de justicia, responsable de velar por la legalidad de los actos administrativos, tomar como argumento o sustento de su decisión un acto subsecuente al acto impugnado, pues como se advierte del proceso, la resolución del Consejo de la Judicatura por la que nos destituye es del 23 de diciembre de 2013, mientras que la decisión de la Corte Constitucional es de 26 de diciembre de 2013, es decir, una decisión judicial POSTERIOR que jamás fue sustento de la decisión del Consejo de la Judicatura (¼) Si aceptamos la decisión de la Corte Constitucional, la falta de motivación, así como la violación de derechos y garantías constitucionales que es lo que declara la Corte, tal conducta no está sancionada con la destitución, sino con la de suspensión, en estricta aplicación del contenido del artículo 108.8 del COFJ (¼) Con dicho razonamiento configura la errónea interpretación de la norma del artículo 108 del COFJ, error que es determinante en la parte dispositiva de la sentencia, pues de aplicar en su correcto entender, habría concluido que no correspondía haber dispuesto nuestra destitución como así lo resolvió el Consejo de la Judicatura en la resolución objeto de nuestra acción de impugnación”.*

A fin de determinar si el vicio acusado está o no presente en el fallo recurrido, esta Sala Especializada verifica que el Tribunal de instancia, en el considerando séptimo de su sentencia, numeral 7.2, determina lo siguiente: *“¼ La evidente falta de motivación incurrida por los hoy autores en la sentencia de 18 de julio de 2013, emitida dentro de la causa No. 497-2010, ha sido declarada por la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 132-13-SEP-CC, Caso No. 1735-13-EP dictada el 26 de diciembre de 2013, (fs. 351 a 359 del proceso) por la cual, al aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada por el Servicio de Rentas Internas, declaró vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y la seguridad jurídica”.* A continuación el Tribunal de instancia hace una copia textual de lo resuelto por la Corte Constitucional el 26 de diciembre de 2013 poniendo énfasis en aquella parte en que se declara

vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de motivación. En base a ello el Tribunal de instancia concluye: *“De lo expuesto, queda demostrado una vez más que los actores, en la sentencia emitida el 18 de julio del 2013, dentro del recurso de casación No. 497-2010 y su auto de aclaración y ampliación emitido el 12 de septiembre del 2013, violaron derechos constitucionales del debido proceso en la garantía de motivación y de la seguridad jurídica lo cual es absolutamente concordante con lo resuelto por el Pleno del Consejo de la Judicatura en cuanto a la falta de motivación incurrida por los actores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela en la sentencia emitida en la causa No. 497-2010, infracción disciplinaria tipificada en el numeral 8 del artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial”*. Lo transcrito evidencia que el Tribunal de instancia ha determinado en la sentencia recurrida que los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela han incurrido en la infracción disciplinaria prevista en el artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, y para ello ha tomado como fundamento la sentencia dictada por la Corte Constitucional en fecha posterior a la emisión del acto administrativo impugnado en sede judicial. Sin duda el Tribunal de instancia ha otorgado al artículo 108.8 del referido cuerpo legal, un alcance extensivo, distinto al verdadero sentido de la norma, al considerar que los accionantes, hoy recurrentes, han incurrido en dicha infracción disciplinaria por el simple hecho de que la Corte Constitucional sentenció que ha existido una vulneración a la garantía de motivación, omitiendo de esta manera el Tribunal de instancia considerar que la justicia constitucional es totalmente diferente al control de legalidad que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa. Por otro lado, al interpretar el artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal de instancia ha omitido considerar que la referida sentencia de la Corte Constitucional resulta inaplicable al presente caso, en virtud de haber sido emitida con fecha posterior al acto administrativo impugnado. Tampoco se ha considerado en la sentencia recurrida que la sanción prevista para el cometimiento de la infracción del artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial es la suspensión de funciones sin goce de remuneración hasta por 30 días; sin embargo, en el acto administrativo impugnado se sanciona a los sumariados con la destitución de sus cargos, sanción ésta que está prevista en una norma totalmente diferente a la analizada por el Tribunal de instancia, verificándose de esta manera que en la sentencia recurrida está presente el vicio acusado, motivo por el cual se acepta el recurso de casación por este extremo.

**2.5.- Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial.-** Para fundamentar el recurso por esta causal y vicio los casacionistas manifiestan: *“¼ el Tribunal juzgador olvida en su análisis que, el ordenamiento jurídico debe ser analizado y aplicado en su integralidad y que sobre el error inexcusable, existe norma expresa en el propio Código Orgánico de la Función Judicial, la del*

*artículo 131.3 que, entre las facultades correctivas de las juezas y jueces, a fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto a la actividad judicial, deben: "3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones "; norma taxativa, expresa y clara, de la que se desprende que es el Juez quien tiene la facultad para declarar el error inexcusable y el Consejo de la Judicatura para, luego de declarado el error inexcusable por el Juez, sustanciar el procedimiento para la imposición de sanciones (1/4) Queda en evidencia que el Tribunal juzgador al analizar el error inexcusable incurrió en falta de aplicación del artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, omisión que incide en la decisión de la causa, puesto que de aplicar tal disposición habría conducido al Tribunal juzgador a declarar la evidente ilegalidad de la resolución impugnada<sup>1/4</sup> °.*

Sobre los argumentos esgrimidos por los recurrentes, se verifica que en el considerando octavo de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia señala: *“Ahora corresponde revisar la correspondencia entre los hechos probados, así como la tipificación de la infracción de Error inexcusable prevista en el numeral 7 del Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como, el órgano competente para imponer esta sanción<sup>1/4</sup> °.* Es así que en los numerales 8.1 y 8.2 de la sentencia recurrida se citan pasajes doctrinarios sobre el error inexcusable y se hace referencia al órgano competente para sancionar este tipo de inconductas. En el numeral 8.3 se hace referencia al sujeto activo de la infracción disciplinaria, y en el numeral 8.4 se habla del verbo rector de la infracción. Finalmente en el numeral 8.5 el Tribunal de instancia se refiere al principio de reserva legal, para concluir lo siguiente: *“<sup>1/4</sup> la queja en contra de los actores fue planteada por presumirse la adecuación del servidor judicial al presupuesto del numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, y concretamente al denominado Error inexcusable La resolución se enmarcó en estas premisas por lo que tiene congruencia con la queja°.* Adviértase entonces que al momento de analizar y resolver sobre el tema del error inexcusable, el Tribunal de instancia se ha limitado a señalar que el Consejo de la Judicatura era la autoridad competente para imponer la sanción de destitución (lo cual no fue materia de la Litis), y se ha limitado a aplicar el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma ésta que simplemente establece al error inexcusable como infracción gravísima susceptible de destitución, pero en ninguna parte el Tribunal de instancia ha considerado y/o analizado la norma que establece la competencia de los jueces para la declaratoria del error inexcusable. En efecto, el Tribunal de instancia solamente ha aplicado las normas que establecen la infracción disciplinaria del error inexcusable y la competencia del órgano para imponer la sanción°, pero el Tribunal de instancia ha omitido aplicar la norma que concede competencia exclusiva y privativa a los jueces para declarar el error inexcusable. Consecuentemente, en la

sentencia recurrida se ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto de la Litis, y que es el artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma ésta que concede a los jueces la facultad coercitiva exclusiva de *Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable*<sup>1/4</sup> °. El momento en que el Tribunal de instancia consideró que el Consejo de la Judicatura era el órgano competente para imponer la sanción, también debía aplicar la norma que complementa el sentido del artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial y que determina la competencia de un juez para tal declaratoria previa y que es la que viabiliza la imposición de la sanción; es decir, la sentencia recurrida incurrió en el yerro de dejar de aplicar la norma que establece el requisito previo de procedibilidad (declaratoria de error inexcusable por parte del juez) para que el Consejo de la Judicatura pueda imponer la sanción, yerro éste que sin duda es trascendente, pues si el Tribunal de instancia hubiera aplicado el artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin duda la sentencia hubiera sido diferente, motivo por el cual se acepta el recurso por este extremo.

**2.6.- Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial.-** La norma que a criterio de los recurrentes ha sido erróneamente interpretada dispone: *La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*<sup>1/4</sup> °.

Para fundamentar el recurso por esta causal y vicio los casacionistas aducen que el Tribunal de instancia <sup>1/4</sup> explica que en el caso que motivó la resolución de destitución, esto es, el recurso de casación planteado por la compañía Oleoductos de Crudos Pesados se fundamentó en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, lo cual es cierto; sin embargo, al seguir al pie de la letra los argumentos utilizados por el Consejo de la Judicatura, no advierte que por una parte, la norma que cuestiona el denunciante/quejoso con la que supuestamente habríamos incurrido en error inexcusable es el artículo 17 del Código Orgánico Tributario y que sin embargo, el Consejo de la Judicatura en la resolución por la que nos destituye nos acusa de supuestamente haber aplicado y resuelto en base a una causal diferente a la interpuesta (<sup>1/4</sup>)el Tribunal no advierte que la "falta de motivación" fue motivo del recurso de casación presentado por OCP ECUADOR en base a la causal 1ra. Del artículo 3 de la Ley de Casación (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho), y según lo reconocemos, habíamos aceptado a trámite la causal primera a pesar de que, la falta de motivación estaría más encasillada en la casual 5ta. (cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la ley, causal que actualmente está expresamente incorporada al

*Art . 268.2 del COGEP), es decir el legislador nos dio la razón (¼) ello en estricto derecho equivale a hacer uso de la atribución prevista en el artículo referido por el Tribunal, el 140 del COFJ, suplir omisiones de derecho ; pero lo más grave, que no advierte la Sala juzgadora en la sentencia del 12 de octubre de 2017, es que dicha causal, presuntamente aplicada de forma oficiosa, la causal la primera, reiteramos, expresamente alegada por el recurrente, ni siquiera fue aceptada en la sentencia cuestionada por el denunciante/quejoso, por lo que mal podría configurarse como error inexcusable una causal expresamente alegada que NO fue aceptada en la sentencia, es decir fue RECHAZADA expresamente (¼)Argumentar que existe error inexcusable por una causal que ni siquiera fue aceptada y sostener que "pasaron a conocer y resolver el fondo del asunto", sin que ello corresponde a la realidad de lo establecido en nuestra sentencia cuestionada, ello si constituye error inexcusable, pues se aparta de los hechos que debió observar y confrontar para resolver el Tribunal juzgador¼ °.*

Esta Sala Especializada verifica que en el considerando noveno de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia efectivamente ha aplicado el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, y numeral 9.1 el Tribunal de instancia ha determinado lo siguiente: <sup>a</sup>¼ *los accionantes OFICIOSAMENTE y sin tener la facultad para hacerlo, suplieron las deficiencias del recurrente y pasaron a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, aplicando UNA CAUSAL DISTINTA A LAS PROPUESTAS¼ °.* Más adelante, en el numeral 9.4 de esta mismo considerando, el Tribunal de instancia insiste en su fundamentación al señalar lo siguiente: <sup>a</sup> *De lo expuesto, se colige que los accionantes al emitir su sentencia con voto de mayoría el 18 de julio de 2013, las 9h30, dentro del Recurso de Casación No. 497-2010, de manera oficiosa resolvieron dicho recurso fundamentándose en causales distintas a la alegadas por el recurrente, es más, se apartaron de sus propios criterios emitidos en fallos anteriores, los cuales se constituyeron como precedentes de uniformidad y generalidad para este tipo de causas, constituyendo claramente una actuación contraria a lo establecido en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial¼ °.* Adviértase entonces que a criterio del Tribunal de instancia, los hoy recurrentes habrían violado el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el hecho de haber resuelto el recurso de casación puesto en su conocimiento, fundamentándose en causales distintas a las alegadas por el recurrente, por lo que el Tribunal de instancia considera que los hoy recurrentes han casado de oficio, y es ésta la justificación para declarar legítimo el acto administrativo con el cual se destituyó a los hoy recurrentes por error inexcusable. Lo que ha omitido considerar la sentencia recurrida es que los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, cuando ejercían el cargo de Juez y Conjuez Nacionales respectivamente, al resolver el recurso de casación que fue puesto a su consideración (18 de julio de 2013), decidieron rechazar expresamente dicha causal presuntamente aplicada de forma oficiosa. En efecto, en el literal A) del considerando cuarto de la sentencia de mayoría dictada por los hoy

casacionistas, se resolvió lo siguiente: <sup>a</sup> *En relación a la causal esgrimida como falta de motivación por no resolver todos los puntos de la litis y no pronunciarse sobre las pruebas, como lo exige el literal I) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República (Arts. 24 numeral 13 de la Constitución Política de 1998, aplicable al año del litigio), en concordancia con el Art. 273 del Código Tributario y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual por sus efectos de nulidad debe ser afrontado en primer término y que erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación. Revisada que ha sido la sentencia, se encuentra que si bien el análisis de los hechos controvertidos, de las pruebas presentadas por las partes, de los informes de los dos peritos insinuados, tanto por la Empresa actora como por la Administración Tributaria, no son tan explícitos y extensos como el caso amerita, han decidido dentro de su más amplio criterio de justicia o equidad; en consecuencia no porque los argumentos esgrimidos por el Tribunal A quo no son compartidos por una de las partes, puede sostenerse que la sentencia carece de motivación, como tampoco puede sostenerse que en una sentencia motivada, sus razonamientos sean conforme a Derecho, como así lo ha calificado esta Sala Especializada en casos similares, por lo mismo se **rechaza la pretendida causal de casación esgrimida por el recurrente**<sup>o</sup> (Lo resaltado nos corresponde). No se entiende entonces cómo podría configurarse el error inexcusable por supuestamente haber aplicado de manera oficiosa la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, si dicha causal no fue aceptada en sentencia; es decir, fue expresamente rechazada. En tal virtud, esta Sala Especializada de casación considera que el Tribunal de instancia ha realizado una errónea interpretación del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial al mencionar que los hoy recurrentes han violado dicha norma, toda vez que la causal cuestionada fue rechazada por los hoy recurrentes, por lo que se acepta el recurso por este extremo.*

**2.7.- Respecto a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de mínima petita.-** Al fundamentar el recurso por esta causal admitida a trámite, los recurrentes manifiestan: <sup>a</sup> *En el fallo que cuestionamos, se produce el vicio de MINIMA PETITA, por no resolver todos los puntos controvertidos, conforme lo exponemos a continuación: a) SIN RESOLUCION DECISIÓN DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA. En nuestra demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción cuestionamos la actuación del Presidente del Consejo de la Judicatura, basada en el artículo 269.5 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues con sustento en la denuncia presentada por el Director General del Servicio de Rentas Internas, mediante el Trámite de suspensión provisional No. S-0085-UCD- 013-ACS, de manera ilegal, dispuso la suspensión provisional de funciones a los comparecientes por noventa días. El Tribunal, sobre este*

*cuestionamiento se limita a referirlo señalando que obra a fojas 320 y 321 vta. del expediente del sumario, sin verificar si en efecto se cumplieron los presupuestos previstos en la norma, de Casos graves y urgentes. No sabemos hasta ahora, cuáles fueron los casos graves y urgentes que refirió en su denuncia del Director General del Rentas ni cómo los justificó para que el Presidente del Consejo de la Judicatura haga uso, arbitrariamente, de esa atribución legal; es evidente que el Tribunal incurre en el vicio de CITRA PETITA o MINIMA PETITA por no resolver todos los puntos planteados como objeto de la litis, por lo que pedimos que en casación la Sala se pronuncie sobre este tema que fue expresamente objeto de la controversia. b) SIN RESOLUCIÓN LA INOBSERVANCIA DE NORMAS ADJETIVAS EN LA SUSTANCIACIÓN DEL SUMARIO. En la demanda impugnamos que a la finalización de la sustanciación del sumario, el funcionario responsable de la sustanciación, el Coordinador (e) de la Unidad de Control Disciplinario, luego de haber dispuesto el cierre del sumario y la remisión del mismo para resolución por parte del Pleno del Consejo de la Judicatura, reasume la competencia que ya no la tenía y emite una providencia negando nuestro constitucional y legítimo pedido de ejercer nuestro derecho a ser escuchados por el Pleno del Consejo de la Judicatura al amparo de lo previsto en el artículo 76.7.c) de la Constitución de la República, con el deleznable argumento de que el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura no contempla la Audiencia de estrados. Intromisión del funcionario sustanciador ante un legítimo pedido de nuestra parte que vicia de nulidad el sumario, evidenciado en el expediente que con un mínimo análisis jurídico hubiera sido suficiente para declarar la nulidad del sumario; el Tribunal en la sentencia que cuestionamos, guarda silencio, no se pronuncia.*

Es necesario recordar que la causal invocada por los casacionistas implica un error de congruencia, que tiene 3 aspectos: a) cuando se otorga más de lo pedido (*plus petitio*); b) cuando la sentencia otorga algo distinto a lo pedido (*extra petitio*); y, c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petitio*). En la especie, los recurrentes acusan a la sentencia del vicio de *citra petitio* o también denominada *mínima petitio*. Entonces, como instrumento de análisis, el yerro de incongruencia debe resultar de la comparación o confrontación entre las pretensiones de la demanda, las excepciones planteadas por el demandado, y la parte dispositiva de la sentencia.

Al respecto, esta Sala Especializada de casación verifica que en el numeral tercero del escrito de demanda (fojas 9 a 27 del proceso) los actores del juicio determinaron el acto administrativo impugnado, señalando expresamente que es la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 20 de diciembre de 2013 expedida dentro del expediente disciplinario No. D-0879-UCD-2013-ACS, notificada el 23 de diciembre de 2013. En la pretensión de los hoy recurrentes constante en el mencionado escrito contentivo de la demanda se dice textualmente la siguiente: "**PRETENSIÓN**

*CONCRETA.- Con los antecedentes expuestos, (...) en acción subjetiva o de plena jurisdicción impugnamos la Resolución de destitución expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 20 de diciembre de 2013, notificada en 23 de diciembre de 2013, para que en sentencia y luego del trámite de ley, se declare su nulidad e invalidez jurídica, por falta de competencia del órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial que lo emitió analizando una decisión judicial que no le corresponde como órgano administrativo y la omisión de formalidades que rigen su emisión; alternativamente solicitamos se declare la ILEGALIDAD de dicho acto, pues sus antecedentes y fundamentos de derecho, son totalmente ajenos a la realidad y a la aplicación estricta del derecho; como consecuencia, se ordenará nuestra restitución a los cargos de Juez Nacional y Conjuez Nacional que legítimamente ostentábamos y al pago de las remuneraciones que dejamos de percibir por la ilegal destitución de la que fuimos objeto, así como el pago de los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, más los beneficios de ley...°. Corroborando lo anteriormente transcrito, el Tribunal de instancia, en el considerando quinto de la sentencia recurrida, manifestó: <sup>a</sup> El objeto de la controversia en la presente causa se circunscribe a realizar el control de la legalidad del procedimiento administrativo que dio origen a la Resolución emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 20 de diciembre de 2013, notificada el 23 de diciembre de 2013, dentro del expediente disciplinario No. D-0879-UCD-20 13- ACS mediante la que se destituyó a los accionantes°. A fojas 34 y siguientes consta el escrito de contestación a la demanda en la que el Director de Asesoría Jurídica y delegado de la Directora General del Consejo de la Judicatura propuso las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, legitimidad y legalidad del acto administrativo emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, falta de derecho de los actores para proponer el recurso, nulidad de la acción planteada, improcedencia de la acción, incompatibilidad entre el recurso de plena jurisdicción y la petición efectuada por los actores. Adviértase que en ningún momento la institución pública demandada ha hecho referencia alguna en su contestación a la demanda al Trámite de suspensión provisional No. S-0085-UCD- 013-ACS y/o a la negativa del pedido efectuado por los actores de ser recibidos en audiencia por el Pleno del Consejo de la Judicatura. De esta manera queda evidenciado que el punto sobre el que se trabó la Litis quedó circunscrito al acto administrativo impugnado, que es la Resolución adoptada por el Pleno del Consejo de la Judicatura en sesión de 20 de diciembre de 2013 dentro del Expediente Disciplinario No. D-0879-UCD-2013-ACS, notificada el 23 de diciembre de 2013, mediante la cual se destituyó de sus cargos a los señores José Dionicio Suíng Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela. Finalmente se verifica que en la sentencia recurrida el Tribunal de instancia textualmente resolvió la siguiente: <sup>a</sup>¼ se declara la legitimidad de la resolución No. D-0879-UCD-2013-ACS, de 23 de diciembre de 2013, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura; y consecuentemente, se declara su plena validez por ser dictado conforme a derecho°.*

Una vez realizada la confrontación o comparación entre las pretensiones de la demanda, las excepciones planteadas por el demandado, y la parte dispositiva de la sentencia, esta Sala Especializada verifica que, a diferencia de lo aducido por los recurrentes, en la sentencia recurrida existe la debida congruencia, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

**2.8.- Respecto a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto la sentencia recurrida no reúne los requisitos de ley, y porque se han adoptado decisiones contradictorias o incompatibles.-**

Los recurrentes afirman que la sentencia recurrida no cumple con el requisito de motivación y transcriben el considerando séptimo del fallo recurrido, numeral 7.1, que en la parte pertinente el Tribunal de instancia señala que en el voto de mayoría de los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, por el cual aceptaron el recurso de casación interpuesto por la compañía OCP S.A., bajo un diminuto análisis han cambiado de criterio respecto a otras sentencias que en casos análogos han emitido, agregando el Tribunal de instancia lo siguiente: *“Con lo que se demuestra, que en las sentencias antes mencionadas y emitidas con anterioridad por la misma Sala en casos similares y que constan dentro del expediente disciplinario, se puede observar claramente que en éstas sí existe la motivación suficiente y pertinente; sin embargo, en la sentencia de 18 de julio de 2013, los accionantes se apartaron de sus propios criterios emitidos en los fallos dictados con anterioridad”*<sup>4</sup>. Frente a estas afirmaciones del Tribunal de instancia y con el ánimo de fundamentar el recurso por esta causal los casacionistas manifiestan: *“Perdón, pero con qué se demuestra? Con la transcripción del contenido de la resolución de destitución, que a su vez es la transcripción de la QUEJA/DENUNCIA del Director General de Rentas, respecto a los casos en los que habríamos sostenido un criterio distinto al que se vierte en el fallo que motivó la actuación del Consejo de la Judicatura? Vaya forma de motivar, con la sola transcripción de los números de las causas en los que presuntamente mantenemos un criterio, el Tribunal concluye que “se demuestra” (¿?), preguntamos dónde está la confrontación de los hechos con el derecho, cuáles son los motivos que nos llevaron a dar la razón al SRI en los fallos aludidos?; y cómo concluyen que luego de referir las razones que esgrimimos en el fallo, las califiquen de “diminuto análisis” para fundamentar el cambio de criterio (¿?). Esto señores Jueces, a la luz de los reiterados criterios vertidos tanto por las Salas de la Corte Nacional de Justicia, como de la Corte Constitucional, constituye una evidente falta de motivación”*. Lo transcrito revela que los recurrentes consideran que ha existido falta de motivación en la sentencia recurrida por el hecho de que los jueces del Tribunal de instancia no han logrado <sup>4</sup> demostrar<sup>o</sup> que haya existido un cambio de criterio en su sentencia, y en base a ello los casacionistas realizan algunos cuestionamientos a la motivación realizada por el Tribunal de instancia como el hecho de que se han limitado a transcribir el texto de la resolución impugnada o el hecho de que han calificado de <sup>4</sup> diminuto análisis<sup>o</sup> al efectuado por los hoy recurrentes. Se evidencia entonces que los

recurrentes han omitido determinar con precisión los motivos por los cuales consideran que la sentencia recurrida carece de los parámetros de razonabilidad, lógica y/o comprensibilidad, sino que más bien han evidenciado su desacuerdo o discrepancia con la motivación utilizada por el Tribunal de instancia (lo cual no puede ser conocido en un recurso de casación), señalando de una manera general y abstracta que dicha sentencia carece del requisito de motivación. Al respecto el jurisconsulto Santiago Andrade ha dicho: *“1/4 para que sea admitido el recurso, quien lo interpone deberá demostrar claramente en su fundamentación que el error invocado tiene esos caracteres, no bastando, por lo mismo, la sola alegación del error, ya que debe tenerse siempre presente que el tribunal de casación actúa sobre la base de los datos aportados por el recurrente”*<sup>1/4</sup> (Santiago Andrade Ubidia, *“La Casación Civil en Ecuador”*, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito 2005, página 236). Se debe además considerar que el hecho de que la sentencia recurrida no concuerde con las apreciaciones de los hechos efectuada por los recurrentes, no significa que la misma carezca del requisito de motivación.

Más adelante los recurrentes aducen que en el fallo recurrido se han adoptado decisiones contradictorias o incompatibles. En el recurso se transcribe la parte pertinente de la sentencia recurrida en la que el Tribunal de instancia señala: *“1/4 sin que exista petición de parte, practicaron una prueba y resolvieron sobre aquello”*<sup>1/4</sup>. Respecto a lo aseverado en la sentencia recurrida y para fundamentar el recurso por esta causal los casacionistas manifiestan: *“Fue fundamento del recurso de casación de la compañía actora y la que fue admitida por nosotros, la causal CUARTA del artículo 3 de la Ley de Casación, causal por la que el Tribunal de Casación debe dictar la sentencia que corresponda por los méritos del proceso, pues, conforme expresamente se deja sentado en nuestro fallo, la sentencia de instancia emitida por la Cuarta Sala Tribunal Fiscal No. 1 no resolvió todos los temas objeto de la controversia; al no existir pronunciamiento sobre todos los temas de la controversia, el Tribunal de Casación debe resolver los puntos no atendidos pues los juzgadores de instancia incurrieron en el vicio denominado CITRA PETITA o MINIMA PETITA (1/4) La decisión así argumentada por el Tribunal juzgador incurre en el vicio de falta de congruencia previsto en el artículo 3, causal quinta de la Ley de Casación”*<sup>1/4</sup>. Sobre los argumentos de los recurrentes es necesario recordar que el vicio acusado es el de contradicción y sobre el particular la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia dictada el 27 de julio de 2016 dentro del proceso No. 17741-2010-0580, señaló en cuanto al vicio de contradicción lo siguiente: *“Se trata de un defecto de actividad lógica. Para que haya contradicción tiene que haber dos pronunciamientos para que en base a la comparación crítica de ellas determinar si existe o no contradicción; no puede haber el vicio de contradicción cuando existe un solo pronunciamiento”*. Por tanto, existe error de contradicción cuando por un lado se afirma una cosa mientras que por otro se la niega, contradicción ésta que produce que ambas afirmaciones se destruyan recíprocamente, ya que es imposible que

ambas aseveraciones sean ciertas a la vez. En el presente caso, los casacionistas no han logrado evidenciar la contradicción alegada toda vez que al fundamentar el recurso se han limitado a señalar que han dictado la sentencia de mérito de conformidad a lo previsto en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación toda vez que en la sentencia emitida por la Cuarta Sala Tribunal Fiscal No. 1 no se habían resuelto todos los temas objeto de la controversia, sin que en el recurso objeto de análisis los casacionistas hayan podido identificar la afirmación hecha por el Tribunal de instancia que simultáneamente haya sido negada por el mismo Tribunal, motivos por los cuales se desecha el recurso por este extremo.

### III.- SENTENCIA DE MÉRITO

Conforme lo determinado en los numerales 2.4, 2.5 y 2.6 de la presente sentencia, el fallo recurrido ha incurrido en los yerros previstos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, por falta de aplicación del artículo 131.1 del referido Código, y por errónea interpretación del artículo 140 del mismo cuerpo normativo; y, en tal virtud, dicho fallo debe ser casado, y para hacerlo esta Sala Especializada considera:

El acto administrativo impugnado, contenido en la Resolución de 20 de diciembre de 2013 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del Expediente Disciplinario No. D-0879-UCD-2013-PM, notificada el 23 de diciembre de 2013, resolvió declarar a los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vega responsables de las infracciones de falta de motivación y error inexcusable tipificadas en los artículos 108.8 y 109.7 del Código Orgánico de la Función, y al existir concurrencia de infracciones, les aplicó la sanción de destitución.

En lo referente a la falta de motivación, el acto administrativo impugnado, en el considerando 9 denominado <sup>a</sup>CRITERIOS A CONSIDERARSE<sup>o</sup>, se señala lo siguiente: <sup>a</sup>*Del análisis de las piezas procesales que constan en el expediente administrativo, a fojas 25 a 61, que corresponden a las sentencias expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, suscrita por los sumariados, se desprenden casos similares, no idénticos, pues por obvias razones, las acciones judiciales no se proponen sobre hechos y partes exactos. En cada una de las sentencias mencionadas, agregadas al expediente disciplinario, existe motivación pertinente y suficiente, que concuerda con el análisis del juzgador, concluyendo en resoluciones coherentes con las consideraciones previas. Sin embargo, en el caso propuesto, materia del presente expediente, los sumariados no motivaron con suficiencia los criterios por los cuales se apartaron de los fallos que ellos mismos dictaron anteriormente, en casos similares<sup>o</sup>.* Basado en las consideraciones antes transcritas, en el acto administrativo impugnado se declara a los doctores José Dionicio Suing Nagua y

Gustavo Adolfo Durango Vela responsables de la infracción disciplinaria tipificada en el artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma ésta que ha previsto como causal de suspensión a la <sup>a</sup> falta de motivación<sup>o</sup>; mas sin embargo, en el acto administrativo impugnado se ha determinado que en la sentencia dictada por los sumariados existe una <sup>a</sup> indebida motivación<sup>o</sup>, sin percatarse el ente autor del referido acto que la falta y la indebida motivación son instituciones jurídicas totalmente diferentes. Por otro lado, se verifica que en el acto administrativo impugnado el Pleno del Consejo de la Judicatura ha omitido explicar los motivos por los cuales considera que las anteriores sentencias dictadas por lo sumariados se encontraban adecuadamente motivadas ni las razones por las que creen que la sentencia materia primigenia del juicio se encontraba indebidamente motivada; y, tampoco se enuncian los motivos por los cuales considera que la sentencia dictada el 18 de julio de 2013 era <sup>a</sup> similar<sup>o</sup> a las anteriores sentencias dictadas por los sumariados. Pero más allá de lo antes mencionado, resulta necesario señalar que analizada que ha sido la sentencia de mayoría dictada por los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela se verifica que en lo referente al tema de subcapitalización (que es el cuestionado por el quejoso y por el Consejo de la Judicatura), los referidos juez y conjuez, en el considerando cuarto de su sentencia de mayoría, literal C), hacen un extenso análisis de la glosa III.1.2 levantada por <sup>a</sup> pago de intereses al exterior<sup>o</sup>, y en la parte pertinente se refieren a las sentencias que han emitido con anterioridad sobre este tema, al mencionar lo siguiente: <sup>a</sup> ¼ *esta Sala en casos similares (causa No. 27111-2010, Andes Petroleum vs. SRI) ha aceptado esta glosa, considerando que tales operaciones de crédito se identifican como subcapitalización ya que las realidades de un préstamo realizado por la matriz a una subsidiaria o corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia una simulación relativa, pues resulta claro que, aunque exista un acto jurídico auténtico, la verdadera intención es la de obtener un beneficio en contra de la recaudación tributaria, pues la simulación de los convenios con el propósito de disminuir el pago de impuestos, debe ser combatido*<sup>o</sup>. Una vez que los mencionados Juez y Conjuez han determinado cuál ha sido suposición frente a la subcapitalización en casos anteriores, a continuación hacen constar en su sentencia de mayoría los motivos por los cuales se aparten de su criterio anterior, al señalar textualmente lo siguiente: <sup>a</sup> *Pero el presente caso, difiere de los otros, no sólo porque no se podía exigir condiciones que la ley ni el reglamento habían previsto, sino porque además: 1) Consta en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la empresa OCP ECUADOR S.A., salvo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55000.000 (cincuenta y cinco millones de dólares), (en el caso de ANDES su capital era de USD \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe subcapitalización por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la*

actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos *Ship or pay* suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita. En conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano°. Lo transcrito evidencia que, a diferencia de lo aseverado en el acto administrativo impugnado, los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela en su sentencia de mayoría efectivamente sí motivaron con suficiencia los criterios por los cuales se apartaron de los fallos que ellos habían dictado anteriormente sobre el tema de subcapitalización, con lo cual los fundamentos sobre la indebida motivación que ha utilizado el Pleno del Consejo de la Judicatura en la Resolución de destitución quedan en simples enunciados carentes de sustento fáctico y jurídico.

En lo que tiene que ver al error inexcusable, el acto administrativo impugnado cita algunos pasajes doctrinarios sobre el error inexcusable, así como jurisprudencia y expedientes administrativos anteriores en los que el mismo Pleno del Consejo de la Judicatura se ha pronunciado respecto a dicho tema. Se menciona también la necesidad de que en la sentencia se resuelva exclusivamente los puntos sobre los que se trabó la Litis, para a continuación determinar lo siguiente: <sup>a</sup> *En el presente caso, el recurso de casación planteado por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., se fundamentó en las cuasles primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación, sin embargo, los servidores sumariados en el literal a) del considerando cuarto de la sentencia de 18 de julio de 2013 (fs. 93 vta.) manifestaron: ~~4~~ erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ero. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta. del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos similares ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación*<sup>1/4</sup> <sup>©</sup> *De lo anterior se concluye que los sumariados procedieron contraviniendo lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil (1/4) Los sumariados de manera oficiosa resolvieron el recurso de casación fundamentándose en causales distintas a las alegadas por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., lo que a todas luces constituye un proceder abiertamente contrario a lo dispuesto en los artículos 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil*<sup>P</sup>. En base a lo anterior y con fundamento en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió destituir a los jueces sumariados, por error inexcusable. Al respecto esta Sala Especializada de casación observa que el Director del SRI, en su

queja, acusó a los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela de error inexcusable por haber inobservado el artículo 17 del Código Tributario lo que habría producido la violación del artículo 19 de la Ley de Casación, mas sin embargo, en el acto administrativo impugnado el Pleno del Consejo de la Judicatura los destituye por error inexcusable por haber violado los artículos 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil; es decir, la Resolución de destitución se basó en normas distintas a las acusadas por el quejoso y que son diferentes a las constantes en el auto de inicio del sumario disciplinario. Adicionalmente, se observa que el quejoso jamás acusó a los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela de haber actuado de manera oficiosa resolviendo el recurso de casación fundamentándose en causales distintas a las alegadas por el recurrente; mas sin embargo, ése es precisamente el motivo por el cual el Consejo de la Judicatura los destituyó. Por otro lado, esta Sala Especializada verifica que la causal que supuestamente han utilizado los jueces sumariados de manera oficiosa (causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación), en realidad fue rechazada en la sentencia de mayoría objeto de análisis (literal A del considerando cuarto); es decir, la presunta aplicación de una causal diferente ni siquiera existe porque dicha causal fue expresamente rechazada en la sentencia de 18 de julio de 2013, por lo que éste argumento no podía servir de fundamento para haber destituido a los jueces sumariados. Finalmente, esta Sala Especializada de casación verifica que en el acto administrativo impugnado el Consejo de la Judicatura ha utilizado exclusivamente el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial como fundamento para destituir a los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela por error inexcusable, norma ésta que simplemente establece al mencionado error inexcusable como infracción gravísima susceptible de destitución, pero ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada en el caso concreto. En efecto, al momento de resolver el Consejo de la Judicatura ha obviado aplicar el artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial que de manera expresa concede a los jueces la facultad exclusiva y privativa de *«Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable»*. Al haber obviado aplicar el referido artículo, el órgano administrativo de la Función Judicial de manera indebida ha declarado la existencia de error inexcusable, cuando dicha potestad le competente de manera exclusiva a los jueces.

De esta manera queda evidenciado que el acto administrativo impugnado ha declarado la indebida motivación de la sentencia dictada el 18 de julio de 2013, cuando no existía fundamento para ello, transgrediendo de esta manera el artículo 108.8 del Código Orgánico de la Función Judicial. Adicionalmente ha quedado develada la violación al artículo 131.3 del Código Orgánico de la Función Judicial en virtud de que el órgano administrativo de la Función Judicial no tiene la facultad para declarar el error inexcusable. Todas las transgresiones a la ley que están detalladas en esta sentencia,

nos lleva a la conclusión unívoca de que el acto administrativo impugnado deviene en ilegal.

#### IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, acepta el recurso de casación interpuesto por los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela; y, en consecuencia, casa la sentencia de 12 de octubre de 2017 dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito dentro del juicio No. 17811-2014-0463. En aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta parcialmente la demanda interpuesta y se declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado contenido la Resolución de 20 de diciembre de 2013 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del Expediente Disciplinario No. D-0879-UCD-2013-PM, notificada el 23 de diciembre de 2013; y, en tal virtud, se dispone el inmediato reintegro a las funciones que venían desempeñando los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela hasta antes de su ilegal destitución, reintegro éste que operará hasta que culmine el período para el cual fueron designados, sin que sean procedentes las demás pretensiones de los actores.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.-**

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

CORDERO LOPEZ JAVIER

CONJUEZ NACIONAL

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, miércoles 10 de junio del 2020, las 10h00. **VISTOS:** En virtud de que: **a)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **b)** La Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y el Dr. Pablo Tinajero Delgado fueron designados como jueza y juez nacionales mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura. **c)** El 1 de junio de 2018 se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el Dr. Pablo Tinajero Delgado, en calidad de Juez ponente, por la Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, y por el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo. **d)** El juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado presentó su excusa para el conocimiento de la presente causa, la cual fue aceptada con auto de 8 de junio de 2018, razón por la cual se realizó el sorteo de ley correspondiendo conocerla el conjuer nacional Dr. Juan Montero Chávez, conforme consta en el acta de 15 de junio de 2018. **e)** Con resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019 el Pleno de Consejo de la Judicatura cesó en sus cargos, entre otros, a los jueces nacionales Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado y Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, así como al conjuer Dr. Juan Montero Chávez. **f)** El Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado como conjuer nacional mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional doctor Pablo Tinajero Delgado. **g)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera. **h)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango presentó su excusa para el conocimiento de la presente causa, la cual le fue acepta mediante auto de 20 de diciembre de 2019;

realizándose el 26 de diciembre de 2019 el sorteo de ley correspondiendo conocerla al conjuer nacional Dr. Javier Cordero López. i) Somos competentes para resolver la presente causa conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 1 de la Ley de Casación, y disposición transitoria primera del Código Orgánico General de Procesos; y encontrándose la presente causa en estado de resolver, se considera:

**PRIMERO.-** Mediante sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, el 12 de octubre de 2017 a las 16h48, dentro del juicio propuesto por los actores, y casacionistas, doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, en contra del Consejo de la Judicatura, se resolvió que: *“acogiendo la excepción de legitimidad y legalidad de los actos administrativos se desecha la demanda planteada por los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, se declara la legitimidad de la resolución N° D-0879-UCD-2013-ACS de 23 de diciembre de 2013, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura; y consecuentemente, se declara su plena validez por ser dictado conforme a derecho...”*. La petición de aclaración y ampliación solicitada por los actores fue negada mediante auto de 31 de octubre de 2017, 11h13. Los actores presentaron su recurso de casación, el cual fue admitido por el Conjuer de la Sala mediante auto de 15 de mayo de 2018.

**SEGUNDO.- 2.1.-** Los casacionistas afirman en su recurso de casación, entre otros aspectos, que la sentencia distrital impugnada incurre en una errónea interpretación del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, dentro de la causal primera, porque el Tribunal juzgador en el considerando noveno de su sentencia arguye que:

"El artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *Ómisiones Sobre Puntos De Derecho.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitório ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes...*” y explica que en el caso que motivó la resolución de destitución, esto es, **el recurso de casación planteado por la compañía Oleoductos de Crudos Pesados se fundamentó en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, lo cual es cierto; sin embargo, al seguir al pie de la letra los argumentos utilizados por el Consejo de la Judicatura, no advierte que por una parte, la norma que cuestiona el denunciante/quejoso con la que supuestamente habríamos incurrido en error inexcusable es el artículo 17 del Código Orgánico Tributario y que sin embargo, el Consejo de la Judicatura en la resolución por la que nos destituye nos acusa de supuestamente haber aplicado y resuelto en base a una causal diferente a la interpuesta. Así razona el Tribunal: *“los accionantes OFICIOSAMENTE y sin tener la facultad para hacerlo, suplieron las***

*deficiencias del recurrente y pasaron a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, aplicando UNA CAUSAL DISTINTA A LAS PROPUESTAS, olvidándose que el recurso de casación es un recurso extraordinario que procede contra las sentencias o autos que ponen fin a los procesos errónea interpretación del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, evidentemente es determinante en la parte dispositiva del fallo pues, haberlo aplicado como corresponde habría evitado que el Tribunal incurra en error inexcusable y habría declarado la invalidez de la resolución impugnada.<sup>o</sup>. (Lo resaltado nos corresponde).*

**2.2.-** Al respecto, el considerando noveno de la sentencia impugnada, dice que:

<sup>a</sup> NOVENO.- El artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: “*OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitório ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes...<sup>o</sup>* 9.1.- En el presente caso el recurso de casación planteado por la compañía Oleoductos de Crudos Pesados Ecuador (OCP) S.A., se fundamentó en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; **sin embargo, en el literal a) del considerado cuarto de la sentencia de 18 de julio de 2013, Dentro del Recurso de Casación No. 497-2010, (fs. 439 a 170 del proceso) emitida con voto de mayoría por lo accionantes, quienes al referirse a las causales propuestas dentro del recurso de casación planteado por la compañía antes mencionada, expresaron lo siguiente: Â..erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro, del Art. 3 de la Ley de casación, por cuanto estaría encasillada en la causal 5ta., del referida artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación...Â Es de conocimiento que el recurso de casación es, por su naturaleza, restrictivo, esencialmente formal y no admite interpretación extensiva, por lo que, no le está permitido a ningún tribunal juzgador suplir las deficiencias y enmendar errores del recurrente, como los que se registró en el recurso de casación interpuesto por la empresa Oleoducto de Crudos Pesados S.A., pues, los accionantes **OFICIOSAMENTE** y sin tener la facultad para hacerlo, **suplieron las deficiencias del recurrente y pasaron a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, aplicando UNA CAUSAL DISTINTA A LAS PROPUESTAS**, olvidándose que el recurso de casación es un recurso extraordinario que procede contra las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores (hoy Cortes Provinciales), los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, **es decir que no admite que el examen del recurso sea por una causal distinta a la que propone el recurrente. De la sentencia de****

18 de julio de 2013, emitida dentro del recurso de casación No. 497-2010 por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, expedida con voto de mayoría por los actores doctores José Dionicio Suíng Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, en la que se determina que los accionantes, no solo que valoraron la prueba practicada en la instancia procesal respectiva sino que DE OFICIO y sin que exista petición de parte, practicaron una prueba y resolvieron sobre aquello al determinar en el literal c) del considerando cuarto lo siguiente: "C) de la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre alguna de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás... " Acto seguido y dentro del mismo considerando cuarto literal c), hicieron referencia a la evolución de las normas en materia tributaria y en flagrante contravención de la ley realizaron un estudio de documentos que obran del proceso en cuatro numerales, mismos que dicen: *Âl)* Consta que en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la Empresa OCP ECUADOR S.A.; salvo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55 000.000, (cincuenta y cinco millones de dólares), (en el caso de ANDES su capital era de \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe "subcapitalización " por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo "ship or pay " suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) La retenciones en la fuente por concepto de impuestos a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación material, prevista en la norma transcrita. En conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano. Por todo esto, se desvanece la presente glosa. *©*De lo transcrito se determina que los accionantes, para dictar su voto de mayoría en la sentencia retrotrajeron su análisis a todo lo actuado en la etapa de prueba sustanciada en el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito, dando valor objetivo a favor de la compañía Oleoductos de Crudos Pesados Ecuador (OCP) S.A. a varios documentos como por ejemplo el contrato

*suscrito por el Estado ecuatoriano y la citada empresa para la construcción del oleoducto de crudos pesados, contratos "ship or pay", comprobantes de retención en la fuente por concepto de impuesto a la renta, entre otros. Es evidente que los documentos aludidos merecieron un gran estudio en vista de que, según lo plasmado en el fallo por los juzgadores, fueron suficientes para formarse un criterio, y como consecuencia resolver el desvanecimiento de una glosa. Algo similar sucedió en el literal D) del considerando cuarto de la sentencia referida. Es decir que se hizo una valoración de documentos que ni siquiera se los individualizó y nuevamente decidieron dejar sin efecto una glosa. Por lo que queda evidenciado que los accionantes doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, hicieron una indebida valoración de la prueba practicada en el Tribunal Distrital lo cual se encuentra totalmente prohibido, pues dicha valoración les corresponde únicamente a los jueces de instancia... De lo expuesto, se colige que los accionantes al emitir su sentencia con voto de mayoría el 18 de julio de 2013, las 9h30, dentro del Recurso de Casación No. 497-2010, de manera oficiosa resolvieron dicho recurso fundamentándose en causales distintas a las alegadas por el recurrente, es más, se apartaron de sus propios criterios emitidos en fallos anteriores, los cuales se constituyeron como precedentes de uniformidad y generalidad para este tipo de causas, constituyendo claramente en una actuación contraria a lo establecido en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone: "OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes...". De lo expuesto, se demuestra, que los accionantes, en la sentencia emitida el 18 de julio de 2013, con su actuación incurrieron en error judicial. (Lo resaltado nos corresponde).*

**2.3.-** Tienen razón los casacionistas cuando advierten que los jueces distritales no se percataron, lo cual resulta extraño, que la causal primera del artículo 3 de la ley de casación presuntamente aplicada de forma oficiosa por los demandantes y casacionistas en su sentencia como juez y conjuces nacionales, aunque efectivamente propuesta por el recurrente OCP Ecuador S.A., simplemente no fue aceptada en la sentencia de mayoría cuestionada por ellos dictada el 18 de

**julio de 2013** como juez y conjuez nacionales de la sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación 497-2010. Por lo que efectivamente no se entiende como podría configurarse, como error inexcusable, una causal -la primera- que no fue aceptada en la sentencia, esto es que fue rechazada, como efectivamente se desprende del punto A) del considerando cuarto de la sentencia de mayoría dictada por los casacionistas el 18 de julio de 2013, que dice:

<sup>a</sup> **A)** En relación a la causal esgrimida como **Alta de motivación** por no resolver todos los puntos de la litis y no pronunciarse sobre las pruebas, como lo exige el literal I) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República (Arts. 24 numeral 13 de la Constitución Política de 1998, aplicable al año del litigio), en concordancia con el Art. 273 del Código Tributario y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual por sus efectos de nulidad debe ser afrontado en primer término y que **" erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro del Art. 3 de la Ley de Casación,** por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación. Revisada que ha sido la sentencia, se encuentra que si bien el análisis de los hechos controvertidos, de las pruebas presentadas por las partes, de los informes de los dos peritos insinuados, tanto por la Empresa actora como por la Administración Tributaria, no son tan explícitos y extensos como el caso amerita, han decidido dentro de su más amplio criterio de justicia o equidad; en consecuencia no porque los argumentos esgrimidos por el Tribunal A quo no son compartidos por una de las partes, puede sostenerse que la sentencia carece de motivación, como tampoco puede sostenerse que en una sentencia motivada, sus razonamientos sean conforme a Derecho, como así lo ha calificado esta Sala Especializada en casos similares, **por lo mismo se rechaza la pretendida causal de casación esgrimida por el recurrente.**<sup>o</sup>. (El resaltado nos corresponde).

**TERCERO.- 3.1.-** Es importante tener en cuenta que en la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura N° D-0879-UCD-2013-PM de 20 de diciembre de 2013, como parte esencial de la fundamentación que se da para sostener la aplicación del artículo 109 numeral 7 del COFJ en el presente caso, se afirma que:

<sup>a</sup> En el presente caso, el recurso de casación planteado por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., se fundamentó en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Codificación de la

Ley de Casación, sin embargo, los servidores sumariados en el literal a) del considerando cuarto de la sentencia de 18 de julio de 2013, (fs. 93 vta.) manifestaron: *Á..erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro., del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta., del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación*¼Á De lo anterior se concluye que los sumariados procedieron contraviniendo lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, conducta que se agudiza considerando que la casación no es una instancia, sino un recurso extraordinario que procede contra las sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo, es decir, que no admite que el examen del recurso sea por causal distinta a la propuesta por el recurrente¼ Los sumariados de manera oficiosa resolvieron el recurso de casación fundamentándose en causales distintas a las alegadas por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., lo que a todas luces constituye un proceder abiertamente contrario a lo dispuesto en los artículos 19 y 140 del Código Orgánico de la Función; Judicial, en concordancia con el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil.º. **Lo cual resulta incorrecto conforme lo antes mencionado en el considerando segundo de esta sentencia.**

**3.2.-** También se acota que no resulta pertinente que en la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura se diga adicionalmente que:

"A lo antes expuesto se agrega el hecho de que los jueces sumariados se excedieron en sus competencias, previstas en la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función. Judicial y la Codificación de la Ley de Casación, al haber valorado prueba, cuando en el considerando cuarto de la sentencia de mayoría, establecieron lo siguiente: *ÁC) De la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre algunas de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás*Á En base a dicho criterio, en el literal D) del mismo considerando de la sentencia, los jueces sumariados manifestaron: *ÁSobre la Glosa 111.27 Intereses y comisiones del exterior* Sobre lo cual tampoco hay pronunciamiento expreso de la Sala A quo, resulta obvio, porque así lo requería la Ley de Contratación Pública, que la contratista con el Estado debía rendir las garantías en ella prevista lo cual tiene un costo, habiendo demostrado con la documentación pertinente que, la fórmula de cálculo para el pago de comisiones debía realizarse neto de impuestos, por lo que debió realizar un doble cálculo, lo cual no perjudica los intereses del Estado, por lo que procede dar de baja la mentada glosa.º.

**3.3.-** Porque también se dice en el punto B) del considerando cuarto de la sentencia de mayoría dictada por los casacionistas el 18 de julio de 2013, que:

<sup>a</sup>En relación a los requisitos formales que han de contener los documentos de soporte de la contabilidad, es necesario referirse a lo señalado en el Art. 104 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que obliga a que los comprobantes de venta, para ser documentos válidos deben reunir requisitos formales señalados en el respectivo Reglamento, pues no se trata de meras formalidades que puedan eludirse, sino por el contrario elementos sustanciales que permiten la aplicabilidad de la norma legal. En este sentido el art. 38 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención vigente al ejercicio en discusión, establecía de manera obligatoria los requisitos formales que deben reunir los documentos de soporte y que deben ser cumplidos por los contribuyentes; en estas consideraciones, dentro de su más amplio criterio judicial o de equidad, la Sala A quo ha resuelto aceptar las excepciones y rechazar la demanda de impugnación, principalmente en cuanto tiene relación a las Glosas III.1.1.3, III.2.1. y III.2.2. **Reembolso de gastos al exterior sin informes de auditores independientes y sin documentos de soporte** y la III.2. **Determinación de costos y gastos** y todas sus sub glosas, **por no haber sido impugnadas expresamente lo cual por ser apreciación de prueba por parte del juzgador, no es motivo de casación, como unánimemente ésta y las demás Salas de la Corte Nacional de Justicia lo han señalado.**<sup>o</sup>. (El resaltado nos corresponde).

**3.4.-** Por lo que no es exacto lo afirmado por el Consejo de la Judicatura de que los casacionistas asumieron indebidamente la atribución de valorar prueba; siendo un tema totalmente distinto de que conforme la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por *citra petita*, es decir porque se ha dejado de resolver sobre algo pedido, y por tanto, obviamente, para analizar si dicha causal en el vicio indicado procede o no habría que hacer una confrontación entre otros aspectos entre lo demandado, las excepciones presentadas y lo resuelto en sentencia, a efectos de determinar si la sentencia es incongruente o no, pareciendo más bien que el Consejo de la Judicatura "mezcla" de manera impropia los efectos o alcances de la causal tercera con la cuarta ibídem, pues al respecto en el punto C) del considerando cuarto de la sentencia de mayoría dictada por los casacionistas el 18 de julio de 2013, se explica que: *"C) De la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre algunas de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás; sin embargo esta forma ambigua de resolver es impugnada por la Empresa recurrente, que considera se le está denegando justicia con este diminuto proceder, y pretende sea*

*casada la sentencia por haberse dejado de aplicar el Art. 270 del Código Tributario en concordancia con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, particularmente la glosa<sup>14</sup>, es decir los casacionistas no resolvieron sobre una causal distinta a la propuesta, pues no lo hicieron como incorrectamente se dice o se da a entender en la resolución del Consejo de la Judicatura impugnada por la causal primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; por lo que no se desprende que hayan incurrido en error inexcusable conforme el artículo 109 numeral 7 del COFJ.*

**CUARTO.- 4.1.-** Ahora bien, respecto al numeral 8 del artículo 108 del COFJ, en la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura N° D-0879-UCD-2013-PM, de 20 de diciembre de 2013, se dice que:

*<sup>a</sup> Sobre la falta de motivación. El literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República dispone 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”** El numeral 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que es facultad esencial de las juezas y jueces: **“Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.”** Del análisis de las piezas procesales que constan en el expediente administrativo, a fojas 25 a 61, que corresponden a las sentencias expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, suscritas por los sumariados, se desprenden casos similares, no idénticos, pues por obvias razones, las acciones judiciales no se proponen sobre hechos y partes exactos. En cada una de las sentencias mencionadas, agregadas al expediente disciplinario, existe motivación pertinente y suficiente, que concuerda con el análisis del juzgador, concluyendo en Resoluciones coherentes con las consideraciones previas. Sin embargo, en el caso propuesto, en el caso propuesto materia del presente expediente, **los sumariados no motivaron con suficiencia los criterios por los cuales se apartaron de los fallos que ellos mismos dictaron anteriormente, en casos similares.** En tal sentido, la motivación no debe comprenderse como el simple agregado de consideraciones en un acto jurídico, sino que evidentemente, ese conjunto de razonamientos debe guardar congruencia con los*

critérios emitidos en las resoluciones adoptadas en el pasado y en el caso que se resuelve por los mismos juzgadores. **Es preciso destacar que el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado, y no hacer lo contrario, de lo decidido anteriormente, sin un motivo determinante, suficientemente explicado y razonado, lo que concuerda con el principio "stare decisis".** Lo contrario significaría ocasionar inseguridad jurídica en detrimento de las relaciones institucionales, y las actuaciones societarias e interpersonales que se producen cotidianamente.º. (Lo resaltado nos pertenece).

**4.2.-** Al respecto en la sentencia distrital impugnada se menciona que:

*"7.2.- La evidente falta de motivación incurrida por los hoy autores en la sentencia de 18 de julio de 2013, emitida dentro de la causa No. 497-2010, ha sido declarada por la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 132-13-SEP-CC, Caso No. 1735-13-EP dictada el 26 de diciembre de 2013, (fs. 351 a 359 del proceso) por la cual, al aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada por el Servicio de Rentas Internas, **declaró vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y la seguridad jurídica**, y como medida de reparación integral dispuso dejar sin efecto la citada sentencia. La sentencia de la Corte Constitucional en su parte resolutive determinó: **Â**. Declarar vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y a la seguridad jurídica. 2. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada. 3. Como medida de reparación integral, se dispone lo siguiente: 3.1. Dejar sin efecto la sentencia emitida el 18 de julio del 2013 a las 09h30 por los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa N. 497-2010. 3.2. Retrotraer el proceso hasta el momento anterior al de dictar sentencia de casación, disponiendo que los conjuces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, resuelvan el recurso conforme a la Constitución, la Ley y la jurisprudencia dictada por la corte...**Â** Es importante destacar que la Corte Constitucional, en la sentencia antes referida claramente consideró: <sup>a</sup>Es decir, el respeto a los propios criterios vertidos en casos análogos por parte de la Corte Nacional de Justicia, aun cuando formalmente no hayan pasado por el procedimiento previsto en el artículo 185 de la Constitución para el establecimiento de jurisprudencia obligatoria, responde a la observancia del principio de igualdad y seguridad jurídica, dado que no es admisible a los juzgadores, a pretexto de que un criterio vertido en uno o varios casos anteriores no es formalmente jurisprudencia obligatoria, desconociendo sus decisiones, las que deben ser adoptadas con vocación de universalidad, es decir, ante las mismas circunstancias de casos anteriores, cuando no*

media circunstancias relevantes para un cambio de criterio, es imperioso resolver como se lo ha hecho en el pasado. Con lo cual, los jueces al administrar justicia deben realizarlo principalmente con sujeción a los derechos constitucionales de igualdad y seguridad jurídica.° *De igual forma, la Corte Constitucional en la sentencia singularizada, ha citado la sentencia No. 070-13-SEP-CC emitida por dicho organismo, dentro del caso No. 0308-13-EP de 21 de agosto de 2013, en el cual señaló: "El caso sub iudice, siendo similar a los detallados en la jurisprudencia transcrita la Sala de Conjueces inadmitió el caso, sin una carga argumentativa que señale la justificación por la cual ante un patrón fáctico similar desconoce sus criterios, lo que deviene en una vulneración al principio de igualdad, ya que existe precedente jurisprudencial que le permite a la Sala conocer los recursos de casación interpuestos para que estos sean resueltos bajo la misma línea jurisprudencial, a menos que se justifique razonablemente que a un caso en particular le merece un trato, una solución distinta o que la Sala considera que es necesario cambiar de criterio."* De lo expuesto, queda demostrado una vez más que los actores, en la sentencia de mayoría emitida el 18 de julio del 2013, dentro del recurso de casación No. 497-2010 y su auto de aclaración y ampliación emitido el 12 de septiembre del 2013, violaron derechos constitucionales del debido proceso en la garantía de la motivación y de la seguridad jurídica lo cual es absolutamente concordante con lo resuelto por el Pleno del Consejo de la Judicatura en cuanto a la falta de motivación incurrida por los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela en la sentencia emitida en la causa No. 497-2010, infracción disciplinaria tipificada en el numeral 8 del artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial.-°.

**4.3.-** Y los casacionistas sobre el tema en su recurso de casación arguyen que:

"Nada de esto advierte el Tribunal juzgador en su decisión; por el contrario, en su afán de justificar la ilegal resolución del Consejo de la Judicatura, soporta su decisión en lo resuelto por la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección intentada por el Director del Servicio de Rentas Internas en contra de nuestra sentencia... Pero no solo ello, este argumento utilizado por el Tribunal es insubstancial e inaplicable, pues la Corte Constitucional en su decisión, concluye que hubo falta de motivación, pero *no establece que exista error inexcusable*. **Si aceptamos la decisión de la Corte Constitucional, la falta de motivación, así como la violación de derechos y garantías constitucionales que es lo que declara la Corte, tal conducta no está sancionada con la destitución, sino con la de suspensión, en estricta aplicación del contenido del artículo 108.8 del COFJ.** (El resaltado nos corresponde).

**4.4.-** Al respecto este tribunal de casación considera que efectivamente sí faltó una motivación más completa, esto es que no se fundamentó lo suficiente la sentencia emitida por los accionistas y casacionistas el 18 de julio del 2013 dentro del recurso de casación No. 497-2010, pues debe tenerse en cuenta que aparentemente por primera vez los jueces cambiaron su criterio respecto a la resolución de un tema de subcapitalización, dándole la razón al contribuyente, mencionándose en la misma, en el punto C), que: *“sin embargo, esta Sala en casos similares (causa N° 27111- 2010, Andes Petroleum vs. SRI) ha aceptado la glosa, considerando que tales operaciones de crédito se identifican como “subcapitalización”, ya que las realidades de un préstamo realizado por la matriz a una subsidiaria no corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia una simulación relativa, pues resulta claro que, aunque existe un acto jurídico auténtico, la verdadera intención es la de obtener un beneficio en contra de la recaudación tributaria, pues la simulación en los convenios con el propósito de disminuir el pago de impuestos, debe ser combatido. Pero el presente caso, difiere de los otros, no sólo porque no se podía exigir condiciones que la ley ni el reglamento habían previsto, sino porque además: 1) Consta que en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la Empresa OCP ECUADOR S.A., salvo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55000.000, (cincuenta y cinco millones de dólares), (en el caso de ANDES su capital era de USD \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe “subcapitalización” por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo “ship or pay” suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita. En conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano. Por todo esto, se desvanece la presente glosa.”.* Aunque es verdad que la administración no puede exigir condiciones más allá de las requeridas por la ley y el reglamento respectivo en el año auditado, en todo caso se debió indicar con mayor precisión en donde exactamente radicaba la ilegal o inusual exigencia de la administración sobre requisitos precisos para las operaciones de crédito internacionales. Por otra parte, aunque es cierto que la contribuyente OCP

Ecuador S.A. por el contrato que tenía suscrito con el estado debía obtener créditos en el exterior por la concesión obtenida, y que obviamente no es comparable un capital social de cincuenta y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América frente a otro de, por ejemplo, dos mil dólares, resultaba necesario profundizar más, y no solo mencionarlo, respecto al efecto financiero y técnico de que una empresa con un capital realmente significativo tenga al incurrir en una operación de crédito con el exterior; y, cuál era el efecto tributario de que por contrato estatal OCP Ecuador S.A. estaba obligada a conseguir líneas de crédito con el exterior. Igualmente, autorizada doctrina nacional de Derecho tributario, con la cual estamos de acuerdo, respecto precisamente a la sentencia de mayoría dictada por los casacionistas dice también que: *“También el fallo hace referencia al análisis financiero que hace la administración tributaria de la empresa contribuyente para justificar que la misma no tenía capacidad de crédito. Al efecto la Sala explica que la contribuyente ha probado su capacidad de endeudamiento, y que inclusive ha sido beneficiaria de un crédito de 900 millones de dólares con la banca extranjera. Sobre este punto en particular y sin entrar a analizar temas procesales propios del recurso de casación, los jueces tratan de justificar el criterio de la empresa: que sí existía capacidad de endeudamiento, no obstante no era suficiente el enunciarlo sino concordarlo de forma específica con los estados financieros de la contribuyente y con sus otras posibilidades técnicas de obtención de préstamos internacionales. Si bien este punto también es neurálgico dentro del cambio de criterio se tuvo que esbozar mayores detalles sobre el mismo. ¼ Un contenido que es indispensable y que no forma parte del razonamiento de la Sala para cambiar su criterio es el examen de la naturaleza de los acreedores de los contratos de mutuo celebrados. En este proceso los acreedores se encuentran domiciliados en países considerados como paraísos fiscales. Al ser parte fundamental para el cambio de parecer, la Sala debió explicar con suficiencia por qué este detalle no era significativo al momento de analizar los contratos de mutuo. Nos quedamos con este vacío que es revelador dentro de un caso de subcapitalización.”* Pablo Egas Reyes, *La Subcapitalización: su Regulación en el Ecuador*, en *Tratado de Fiscalidad Internacional para el Ecuador*, (Quito: Ius et Historiae ediciones, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador e Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, 2019) 696-97.

**4.5.-** Por lo que este tribunal de casación considera que **no ha lugar al pago de remuneraciones a favor de los casacionistas**, pues sí incurrieron en el artículo 108 numeral 8 del COFJ, que no se puede olvidar tiene correlación con lo preceptuado en los artículos 130,4 del COFJ y 76,7,1) de la Constitución de la República; debiendo tenerse en cuenta además en este caso concreto, que los integrantes titulares de la Corte Nacional de Justicia no tienen la calidad de servidores judiciales de carrera; y que los jueces y conjueces que venían integrándola desde el 25 de enero del año 2012

terminarían su período el día 25 de enero de 2021 incluido como era el caso de los casacionistas, suponiendo que hubieren pasado las renovaciones por tercios de sus integrantes que se dieron en los años 2015 y 2018 -lo cual no es posible saber si hubiese o no sucedido-; así como la existencia de la sentencia No. 132-13-SEP-CC dentro del caso No. 1735-13-EP dictada el 26 de diciembre de 2013 por la Corte Constitucional del Ecuador; y finalmente también resulta pertinente tener en consideración la actual conformación de la Corte Nacional de Justicia a raíz de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura.

Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** A) acepta parcialmente el recurso de casación presentado por los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de casación por errónea interpretación del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, y por tanto casa la sentencia impugnada expedida el 12 de octubre de 2017 a las 16h48 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito. B) Conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta parcialmente la demanda, y se declara la ilegalidad parcial de la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura N°D-0879-UCD-2013-PM de 20 de diciembre de 2013, y por tanto se ordena la restitución a sus cargos, en el término de cinco días de ejecutoriada esta sentencia, de juez nacional en la Corte Nacional de Justicia al Dr. José Dionicio Suing Nagua, y de conjuez al Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, quienes se podrán mantener en los mismos hasta el día 25 de enero de 2021, o hasta el día en que el sucesor entre en el ejercicio efectivo del cargo. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

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

**CORDERO LOPEZ JAVIER**

**CONJUEZ NACIONAL**

**DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

**JUEZ NACIONAL**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125501607-DFE

Juicio No. 17811-2015-01868

**Resolución No 270-2020****JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)****AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO****ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 11 de junio del 2020, las 15h59. VISTOS:** En virtud de que: **A)**

El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuer nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como el acta de sorteo de 19 de junio de 2019 que consta en el proceso, y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos. **PRIMERO.-** Por sentencia expedida el 8 de febrero de 2019, 16h29, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio propuesto por el señor Paúl Genaro Loya Nasimba en contra de Ministro del Interior, el Comandante General de la Policía Nacional y el Procurador General del Estado, se resolvió que se: *hacepta la demanda planteada por el ciudadano PAÚL GENARO LOYA NASIMBA, y en consecuencia, se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es, del Acuerdo Ministerial No. 5953, de 13 de agosto de 2015, en la parte pertinente que dice relación con el accionante, y ordena su inmediata restitución a la Institución Policial en el grado que ostentaba, y se le reconozcan las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su separación ilegal hasta que sea legalmente reintegrado, debiendo además, concederle los derechos que le hubieren correspondido como miembro en servicio activo, para lo cual se le concede a la Institución Policial demandada el término de veinte días.* **SEGUNDO.-** Mediante auto de 13 de junio de 2019, 10h14, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Comandante General de la Policía

Nacional con fundamento únicamente en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Corrido traslado con el recurso admitido, el señor Loya Nasimba da contestación al mismo y manifiesta que el cargo realizado, por la forma y la argumentación, debe ser desechado. **TERCERO.-** La institución casacionista en el escrito de interposición de su recurso refiere que: *“Señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia como ustedes podrán notar, de lo transcrito de la sentencia, los señores Jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo realizan una explicación de los actos normativos, luego señalan las actuaciones administrativas realizadas en ejecución de los referidos actos normativos, consecuentemente llegan a determinar que la causa de separación inmediata del señor LOYA NASIMBA PAÚL GENARO sería porque presuntamente habría incurrido en una de las causales de no idoneidad, por lo que se observa una falta de motivación lo que conllevó a los jueces a una equivocada determinación de los hechos fácticos y normativos, toda vez que en el caso sub judice el señor LOYA NASIMBA PAÚL GENARO fue detenido por orden de autoridad competente formulándole cargos por delito de asociación ilícita abriéndose la etapa de instrucción fiscal, es decir EXISTE LA CERTEZA que en contra del ex servidor policial la autoridad competente dentro de un proceso penal formuló cargos como autor del delito de asociación ilícita, esto sin perjuicio que en lo posterior se haya dictado auto de sobreseimiento definitivo, por lo que queda claro que el señor LOYA NASIMBA PAÚL GENARO incurrió en una de las causales de no idoneidad para continuar con el servicio policial, esto es **Ser detenido flagrante o tener formulación de cargos;** del Art. 1 numeral 6 del acto normativo Acuerdo Ministerial 5233-A de 4 de enero de 2015.”* (El resaltado en el original). **CUARTO.-** Por su parte, de la sentencia distrital impugnada se desprende que los jueces de instancia llegaron a las siguientes conclusiones: *“DUODÉCIMO.- Adicionalmente, es oportuno mencionar que el principio de legalidad, tiene algunos alcances dentro del ordenamiento jurídico, y en materia sancionatoria, es menester que toda conducta humana tachada de infracción debe encontrarse previamente prescrita como tal en la normativa legal, así como, la sanción a la que haya lugar, y conocer claramente todos los elementos normativos y subjetivos que integran el alcance de la infracción, puesto en caso contrario se estaría frente a un caso de discrecionalidad. Principio que tiene relación con el de inocencia, en tanto, es obligación de toda autoridad pública antes de pronunciarse sobre la responsabilidad de una persona, establecer claramente las pruebas que permitan llegar a esa certeza, sin lugar a una duda razonable. En el caso que nos ocupa, la autoridad competente desconoce lo previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley de Personal de la Policía Nacional, norma jurídica aplicable al caso, por ser la vigente a la fecha de la expedición de los actos administrativos que se impugnan, contraviniendo lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República que obliga el respeto al debido proceso en toda clase de actuaciones administrativas, por consiguiente las resoluciones de la autoridad que representa a la Policía, deben sujetarse a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción y, en especial, al principio*

constitucional de la presunción de inocencia, que obliga a ejercer las funciones públicas de conformidad con los fines esenciales del Estado Constitucional de Derechos, uno de los cuales es precisamente la garantía de eficacia de los derechos, deberes y principios consagrados en la Carta Fundamental. Entre estos principios se incluye el principio nulla pena sine culpa, lo que implica que no se puede presumir la culpa y el dolo; y de hacerlo en cualquier disposición legal, la misma sería violatoria de derechos, y por tanto inadmisibles jurídicamente; aquello significaría un retroceso de los derechos fundamentales, y se inobservaría lo previsto en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone: Artículo 8. Garantías Judiciales... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Se debe recordar que el derecho de inocencia es inherente a la dignidad humana, lo que significa que son titulares de él todas las personas por el solo hecho de serlo y sin que sea posible exigirles la acreditación de requisito adicional alguno, además por ser un derecho constitucional fundamental, determina que tiene una categoría especial, privilegiada, esto es, que su contenido se considera agotado en la propia norma superior sin que necesite complemento alguno de tipo legal para que resulte posible su aplicación directa en todos los casos. En el caso que nos ocupa, y analizadas las tablas procesales referidas ut supra, la desvinculación de la Policía Nacional al accionante no ocurrió por existir en su contra una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada; sin considerarse por parte de la autoridad pública, que la formulación de cargos no necesariamente conlleva a una sentencia condenatoria, tanto más que el accionante fue absuelto de los cargos imputados preliminarmente conforme se advierte del auto de sobreseimiento constante a fojas 213 del proceso, el cual en su parte pertinente textualmente indica lo siguiente: "En este sentido habiendo conocido el DICTAMEN ABSTENTIVO emitido por el Dr. Javier Bosquez Villena, Fiscal de Pichincha, FEDOTI3 (E) titular del ejercicio de la acción penal pública y tomando en cuenta que la etapa del juicio se sustancia en base de la acusación fiscal y si no hay acusación Fiscal, no hay juicio, de conformidad a lo establecido en el artículo 605 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, DICTO AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEL PROCESADO: PAUL GENARO LOYA NASIMBA...() ... es decir no se ha podido establecer con los elementos recabados dentro de la instrucción fiscal los necesarios para justificar y presumir la existencia y participación del delito investigado por parte de Paul Genaro Loya Nasimba, en virtud de lo cual se emitió el correspondiente dictamen abstentivo; por lo que corresponde a la suscrita Jueza emitir el correspondiente auto de sobreseimiento...". Está claro para el Tribunal, que la autoridad demandada ordenó su desvinculación, sustentado en la mera formulación de cargos, atentando contra el principio de inocencia, consagrado en la norma constitucional. Lo expuesto, demuestra que el acto administrativo impugnado, Acuerdo Ministerial No. 5953, no se encuentra debidamente

*motivado,¼ Por tanto, conforme se halla probado procesalmente, la desvinculación impuesta al accionante se emitió dentro de un procedimiento administrativo que incumplió e inobservó las formalidades legales que se deben cumplir para dictar una resolución que afecta derechos constitucionales, de acuerdo con la ley, y por tanto, se genera la nulidad del acto administrativo impugnado al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.º.* (El resaltado nos corresponde). **QUINTO.-** La causal quinta del artículo 3 se refiere a que la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles. Así, este Tribunal de Casación observa que en la sentencia distrital impugnada los jueces hacen hincapié principalmente en el hecho de que en el presente caso no se siguió el procedimiento establecido en la Ley de Personal de la Policía Nacional para separar de sus funciones al ciudadano Paúl Genaro Loya Nasimba, sino que por el contrario se habrían expedido Acuerdos Ministeriales por parte del Ministro del Interior en virtud de los cuales se establecieron requisitos de permanencia para las servidoras y servidores de la Policía Nacional. Precisan, de manera correcta, los jueces distritales que en el Acuerdo No. 5233-A uno de los requisitos de permanencia era no ser detenido en delito flagrante y no tener formulación de cargos, mientras que en los artículos 65 y 66 de la Ley de Personal de la Policía Nacional (vigente a la época), se establecían los motivos por los cuales se podía dar de baja a un servidor policial, **siendo una causal el haberse expedido en su contra una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada de conformidad con los Códigos Penales**, siendo por tanto que existía la normativa que regulaba la conducta del personal de la Policía Nacional. Finalmente, los jueces distritales con claridad señalan, criterio que esta Sala especializada también comparte, que el derecho de presunción de inocencia constituye un principio constitucional, **siendo que en el caso concreto la separación del servidor no ocurrió en virtud de una sentencia condenatoria ejecutoriada, sino por el hecho de simplemente haberse producido una formulación de cargos en su contra, que por otra parte más adelante habría merecido un dictamen abstentivo, y como consecuencia la expedición del auto de sobreseimiento del procesado Paúl Genaro Loya Nasimba**, por lo que el Tribunal distrital señala *“¼ que la autoridad demandada ordenó su desvinculación, sustentado en la mera formulación de cargos, atentando contra el principio de inocencia, consagrado en la norma constitucional.º*, por lo cual correctamente concluyen que el acto administrativo impugnado no se encontraba debidamente motivado, y por tanto declaró la nulidad del mismo. Por tanto, se observa que en el fallo impugnado los jueces distritales hacen un recuento de los hechos que fueron expuestos por el actor en su demanda y de las excepciones de la contestación a la demanda propuestas por la Comandancia General de la Policía Nacional así como por el Ministerio del Interior. Adicionalmente se refieren de manera clara a las pruebas que fueron aportadas en el juicio por el actor y el demandado, citando al efecto las normas de derecho

aplicadas en la sentencia, por lo que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, motiva su decisión en el análisis de los hechos alegados por las partes y explica la aplicación de las normas jurídicas que invoca al caso concreto, refiriéndose siempre a las pruebas que constan en el expediente. Por lo expuesto, se verifica que no se ha producido la debida configuración de la causal acusada, conforme antes se ha explicado; por lo que en definitiva la acusación jurídica realizada a la sentencia impugnada por la institución recurrente no tiene fundamento cierto, pues la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada razón por la cual no se acepta la causal quinta invocada. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** No acepta el recurso de casación presentado por el Comandante General de la Policía Nacional con fundamento en la causal quinta, y por tanto no se casa la sentencia expedida el 8 de febrero de 2019, 16h29, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL (PONENTE)**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E)**

**DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**JUEZ NACIONAL (E)**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

129657096-DFE

Juicio No. 17811-2015-01868

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, viernes 14 de agosto del 2020, las 12h17. **VISTOS: PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 18 de junio de 2020, 13h50, el Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Procurador General del Estado, solicita la aclaración de la sentencia de 11 de junio de 2020, 15h59, mediante la cual no se aceptó el recurso de casación interpuesto por el Comandante General de la Policía Nacional y por tanto no se casó la sentencia de 8 de febrero de 2019, 16h29, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. **SEGUNDO.-** Corrido traslado con el pedido de aclaración a las partes, el señor Paúl Genero Loya Nasimba dió contestación dentro del término de 48 horas que fuera dispuesto en providencia de 26 de junio de 2020, 11h48. **TERCERO.-** El Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Procurador General del Estado manifiesta en su pedido que: *“% sírvanse aclarar, por qué en el presente caso NO se debía aplicar lo previsto en el acto normativo (A.M. 5233-A), que forma parte del ordenamiento jurídico policial y que a la presente fecha se presume de legítimo y constitucional, considerando que el señor LOYA NASIMBA PAÚL GENARO incurrió en una de las causales que prevé el referido acto normativo como es ser detenido en delito flagrante o tener formulación de cargos, ya que de esto nada se dice en la sentencia de casación que se emite por lo cual resulta oscura la misma, dejando en claro señores jueces que en el presente caso no se trató de un procedimiento administrativo regulado por la Ley de Personal de la Policía Nacional.”.* **CUARTO.-** De conformidad con el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura. Revisada que ha sido la sentencia de 11 de junio de 2020, 15h59, este Tribunal de Casación encuentra que es muy clara, y que realiza el análisis de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, única causal que fue admitida a trámite; y, que en el considerando quinto de la misma, se explica con claridad lo que el recurrente solicita nuevamente que se aclare, por lo que la petición formulada carece de fundamento, y no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 48 antes citado. Por lo anterior, se rechaza el pedido de aclaración interpuesto ya que dicho pedido pretende reformar la sentencia, lo cual está vedado por la disposición contenida en el artículo 47 de la LJCA.- Notifíquese y devuélvase.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL (PONENTE)**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E)**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E)**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

125587796-DFE

Juicio No. 17741-2015-0606

**Resolución No 271-2020****JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)****AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, sábado 13 de junio del 2020, las 10h31. **VISTOS:** En virtud de que: **A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuer nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como el acta de sorteo de 17 de agosto de 2016 que consta en el proceso, y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos.

**PRIMERO.-** Por sentencia expedida el 27 de abril de 2015, 10h02, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca dentro del juicio propuesto por el señor Giovanni Antonio Andrade Espinoza en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba se resolvió que se: *“**declara parcialmente con lugar la demanda, y por lo tanto la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2013-067-SEC emitida por el Alcalde del GAD Municipal de Riobamba, el 27 de Marzo de 2013; por lo que el contrato materia de la presente acción deberá celebrarse con el ahora accionante.- En caso de que la entidad pública por razones de su interés no concluya el Proceso de Cotización No. CTO-DADMR-009-2012, deberá reconocer como reparación al Ing. Giovanni Andrade Espinoza el valor de los costos de las pólizas de seguros entregadas, pago de pliegos, y***

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por  
PATRICIO SECAIRA DURANGO  
JUEZ NACIONAL  
CALLE SUIZAS  
QUITO  
0601396299  
0200419073

*costos de preparación de la oferta debidamente sustentados y pericialmente liquidados, conforme el Art. 115 del Reglamento a la LOSNCP.º.*

**SEGUNDO.-** Mediante auto de 22 de julio de 2016, 12h40, se admitieron a trámite los recursos de casación interpuestos por el ingeniero Giovanni Antonio Andrade Espinoza en su calidad de actor, y por el Alcalde y la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba. Corrido traslado con el recurso admitido los representantes de la Municipalidad dan contestación y solicitan rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora. También da contestación el ingeniero Geovanny Antonio Andrade Espinoza y señala que se debe aceptar su recurso de casación y reformar la sentencia subida en grado, y a su vez, rechazar el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad.

**TERCERO.-** La institución Municipal recurrente con fundamento en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa a la sentencia impugnada de infracción de los artículos 75 y 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, y artículo 163 de su Reglamento de aplicación; y, artículos 129 numeral 9 y 162 ultimo inciso del Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ.

**CUARTO.-** La segunda causal del artículo 3 de la Ley de Casación hace referencia a la *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”*. Así, el Municipio de Riobamba argumenta en su recurso que la falta de aplicación de los aludidos preceptos constitucionales y legales antes referidos han derivado en que el proceso adolezca de nulidades insanables y argumenta que *“En la sentencia que hoy es materia de esta acción, a pesar de que desde un inicio a la contestación a la demanda el GAD-M RIOBAMBA, se excepcionó respecto a la Competencia del Tribunal Contencioso Administrativo con sede en la Ciudad de Cuenca como podrá apreciarse del proceso, sin embargo, los señores jueces actuantes por no haber decretado la correspondiente nulidad del proceso por los vicios insanables cometidos y a su vez remitir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, se vulneró abiertamente el derecho previsto en el artículo 76 No. 3 de la Constitución”* Bajo la pretérita visión legalista, la Sala Juzgadora, al parecer defensora del conservadurismo jurídico ecuatoriano que

*siguen anclados en un entendimiento anacrónico y recalcitrante del positivismo teórico, determinó a efectos de su competencia dentro del caso la norma aplicable era la ya mencionada (Art. 38 Ley de Modernización), situación por la cual además queda demostrado que al no haber sido el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, el competente para conocer asuntos relacionados con discusiones que se viertan enteramente en la materia de Contratación Pública, conforme así se establece de los Artículos 105 y 163 de la Ley Orgánica y Reglamento General del Sistema Nacional de Contratación Pública, el fallo ahora recurrido como el proceso en sí adolecen de NULIDAD INSANABLE<sup>1/4</sup> Sin duda alguna, los jueces descuidaron gravemente uno de sus primeros deberes, que es asegurar su competencia y seguir el procedimiento legalmente establecido...° .*

**QUINTO.-** El artículo 38 de la derogada Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada disponía: *“Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, **presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio.** El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia...° .* Por su parte, el artículo 163 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009 expresamente determina que: *“De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, **con jurisdicción en el domicilio del demandado,** observando lo previsto en la ley de la materia° .*

**SEXTO.-** Con estos antecedentes, este Tribunal de Casación ha considerado necesario iniciar el análisis del recurso de casación propuesto por el GAD Municipal de Riobamba respecto de la segunda causal del artículo 3 de la Ley de Casación en lo concerniente a la falta de aplicación del artículo 163 del Reglamento a la LOSNCP, ya que el argumento principal de la entidad demandada es la incompetencia en razón del territorio, del Tribunal Distrital con sede en Cuenca. Al respecto, conforme se señala en el recurso de casación motivo de este análisis, el artículo 163 del Reglamento determina que las controversias se deberán sustanciar ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el domicilio del demandado. El artículo 38 de la Ley de

Modernización del Estado disponía que el administrado afectado presentará su demanda ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio; sin embargo, se debe observar que el artículo 163 del Reglamento a la LOSNCP si bien es la norma específica en materia de contratación pública, aplica para las controversias derivadas de los contratos públicos. Los jueces distritales al analizar la excepción de incompetencia señalan: *“El argumento de la entidad accionada relativo a que la jurisdicción está fijada en el domicilio del accionado, conforme lo determina el Art. 163 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no tiene la debida fundamentación por cuanto lo que se está impugnando es un acto administrativo emitido por el Alcalde de Riobamba, antes de la suscripción del contrato con el ahora accionante, por lo que no es aplicable tal disposición reglamentaria pues aquella se refiere a controversias derivadas de contratos, premisa que no se presenta en el presente caso; por lo que se desecha la excepción.”*, criterio con el cual concuerda este Tribunal de Casación, y toda vez que de la sentencia impugnada se desprende que el actor ha probado que su domicilio es en la ciudad de Cañar, se concluye que el Tribunal Distrital competente es el que tiene su sede en la ciudad de Cuenca, por lo que no se verifica que se haya producido infracción de las normas alegadas con fundamento en esta causal segunda y se la rechaza.

**SÉPTIMO.-** Por su parte, el accionante Giovanni Antonio Andrade Espinoza, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación señala que en la sentencia distrital impugnada se ha producido el vicio de aplicación indebida del artículo 115 del Reglamento a la LOSNCP, que va hermanada de la falta de aplicación del artículo 82 de la Constitución de la República, y del artículo 6 numeral 1 de la LOSNCP. Respecto de la aplicación indebida del artículo 115 reglamentario argumenta que la realidad procesal del juicio tiene otros presupuestos que no corresponden a los establecidos en el artículo 115, por lo cual no podría ser aplicado en la presente causa. Señala que la realidad procesal es la siguiente: *“1. Que el compareciente fue adjudicado del contrato mediante Resolución Administrativa número 2013-0016-SEC-CP de lugar y fecha, Riobamba, 23 de enero de 2013, 2. Que, el compareciente gestionó las pólizas de fiel cumplimiento del contrato y buen uso del anticipo, pagó los pliegos en el GAD Municipal de Riobamba, erogó recursos para estar listo para la ejecución de la obra. 3. Que, unilateralmente, de manera ilegal, ilegítima y nula, el GAD Municipal de Riobamba REVOCÓ la resolución administrativa de adjudicación.”* Continúa señalando que en virtud de la aplicación equivocada de la norma referida, se ha dejado de aplicar el artículo 82 de la Constitución porque se ha inobservado el derecho a la seguridad jurídica ya que el artículo 6 numeral 1 de la LOSNCP determina que el acto administrativo de adjudicación le generó derechos y que por lo tanto y como consecuencia de la revocatoria de los derechos ya adquiridos le corresponde recibir una

indemnización. *“ Señores jueces la hermandad se da, cuando se declara nulo un acto administrativo, pero desconociendo el principio constitucional de seguridad jurídica, y el principio legal de definición de adjudicación, al momento de ordenar la indemnización de mis derechos se considere que los mismos se deben limitar única y exclusivamente a una reposición de valores (primas de seguros, pago de pliegos y costos de elaboración de oferta) y no se determina ningún valor indemnizatorio.”*

**OCTAVO.-** El artículo 115 del Reglamento a la LOSNCP dispone: *“ En caso de que la Entidad contratante no cumpla con la suscripción del contrato después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra.”* El actor en su demanda que consta a fojas 2 a 7 del expediente de instancia señala que su pretensión es: *“ a) La nulidad e ilegalidad de la Resolución Administrativa No. 2013-067-SEC de lugar y fecha Riobamba 27 de marzo de 2013¼ b) Se disponga al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba,¼ suscriba el contrato administrativo público correspondiente¼”,* y los jueces distritales han resuelto declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2013-067-SEC de 27 de marzo de 2013, emitida por el Alcalde del GAD Municipal de Riobamba ordenando que el contrato materia de la presente acción se suscriba con el ahora recurrente, por lo que no se observa vulneración del artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, ni del artículo 6 numeral 1 de la LOSNCP. Respecto de la aplicación indebida del artículo 115 del Reglamento a la LOSNCP este Tribunal de Casación tampoco observa que se haya infringido, pues la norma referida dispone que la entidad contratante que no ha suscrito el respectivo contrato deba reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario, lo cual efectivamente correspondería pagar al actor en el caso de que la Municipalidad del cantón Riobamba efectivamente no suscriba el contrato dentro del proceso de cotización No. CTO-GADMR-009-2012 para el proyecto *“ Construcción Guardería Patronato ± Centro Municipal del Milenio.”*, por lo que se rechaza la causal primera alegada.

Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR,**

**Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** No acepta los recursos de casación interpuestos por el señor Giovanni Antonio Andrade Espinoza, y por el Alcalde y la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba y por tanto no se casa la sentencia expedida el 27 de abril de 2015, 10h02, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL (PONENTE)**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E)**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E)**



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)

IM/PC

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

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

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