

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

**J09802-2019-00166, J17811-2014-0330,
J17741-2015-0408, J17741-2015-1321,
J17811-2018-00206, J09801-2012-0348,**



RESOLUCION No. 688-2021



Juicio No. 09802-2019-00166

JUEZ PONENTE: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 3 de septiembre del 2021, las 10h37. **VISTOS:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **09802-2019-00166:**

I. Conformación y competencia de la Sala

1.1. Esta Sala está integrada por los jueces Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. Su conformación resultó de tres sucesos:

- a.- El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución N°. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
- b.- La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante resolución N°. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,
- c.- Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios N°. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

1.2. Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los artículos 184.1 de la Constitución y 269 del Código Orgánico General de Procesos (ª COGEPª).

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 30 de junio de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

II. Antecedentes

2.1. El 14 de febrero de 2019, DINASER DINAMIA EN SERVICIOS Cía. Ltda. (ª DINASERº) inició una acción contencioso administrativa contra la Corporación Financiera Nacional (ª CFNº) y la Procuraduría General del Estado. En la demanda, identificó la controversia como aquellas de contratación pública y reclamó el pago de USD 706 761.68 por servicios de guardianía prestados a los bienes embargados dentro de los juicios coactivos de CFN.

2.2. El 22 de mayo de 2019, la Procuraduría General del Estado contestó la demanda; y CFN lo hizo el 10 de junio de 2019. Entre otros motivos, ambas se opusieron a la pretensión de pago de la actora por la inexistencia de un contrato entre DINASER y CFN. Basado en esto, CFN se excepcionó con la caducidad de acción por estimar que la pretensión de la actora buscaba la declaración de un derecho y, al no existir un contrato, debía haberse demandado en una acción subjetiva dentro de los noventa días siguientes a la negativa de pago contenida en el Oficio No. CFN-GG-2017-0325_OF.

2.3. Mediante sentencia de 1 de julio de 2020, las 12h01, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil (ª TDCAº) aceptó la demanda y dispuso que CFN pague a la actora USD 706 761.68, más intereses a ser contados desde el 27 de julio de 2017, fecha en que la compañía solicitó a CFN el pago por los servicios de guardianía. Para tomar esta decisión, el TDCA aplicó el artículo 117.2 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas (ª COPFº). Argumentó que la CFN recibió servicios de DINASER por acto administrativo válido de los jueces coactivos dentro de los respectivos procedimientos y que, en consecuencia, se generó una afectación presupuestaria.

2.4. Inconforme con lo resuelto, CFN interpuso recurso de casación el 16 de septiembre de 2020, que fue complementado mediante escrito de 18 de diciembre de 2020. Este fue admitido por las causales primera y cuarta del artículo 268 del COGEP en auto de 8 de enero de 2021, las 11h39; contestado el 23 de febrero de 2021 por DINASER; y, sorteado electrónicamente a este tribunal el 30 de junio de 2021.

2.5. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 *ibídem*, se celebró audiencia de fundamentación del recurso, de manera telemática, el 19 de agosto de 2021 a las 11h00; en la

cual los miembros del tribunal decidieron por unanimidad rechazar la casación interpuesta por CFN. En mérito de lo dispuesto en el artículo 93 del mismo cuerpo legal, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación.

III. Validez procesal

3.1. No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

IV. Análisis del recurso

1. Causal primera: Aplicación indebida de la norma procesal establecida en el artículo 306.3 del COGEP

4.1. La entidad recurrente pretende que se case la sentencia bajo la causal establecida en el numeral 1 del artículo 268 del COGEP que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

4.2. Según la recurrente, el TDCA incurrió en una aplicación indebida del artículo 306.3 del COGEP porque el caso no se refería a materia contractual dado que no existía un contrato entre CFN y DINASER que lo justifique. La disposición en cuestión establece:

Art. 306.3 COGEP.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: (¼) 3. En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.

4.3. Considera que, ante la ausencia de un contrato entre CFN y DINASER, la controversia versaba sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo. Por lo cual, a su criterio, el TDCA debió aplicar el artículo 306.1 del COGEP para contar el término de caducidad por tratarse de una acción subjetiva,

aunque la actora haya afirmado que su acción versaba sobre contratación pública. Para respaldar esta alegación, la recurrente hizo referencia a las resoluciones 13-2015 y 4-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

4.4. En este sentido, la entidad recurrente citó la sentencia dictada el 26 de enero de 2018 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional Justicia dentro del caso 17811-2016-01588. En ese caso, el tribunal resolvió casar la sentencia bajo la causal 1 del 268 del COGEP por la indebida aplicación del artículo 306.3 del COGEP pues no existía un contrato entre las partes y la pretensión del actor se limitaba al reclamo de derechos patrimoniales por la realización de trabajos a favor de la Administración. Además, la Sala declaró la caducidad de la acción bajo el artículo 306.1 del COGEP por haber transcurrido más de 90 días desde la entrega de los trabajos hasta la presentación de la demanda.

4.5. Asimismo, la entidad recurrente alegó que la aplicación indebida del artículo 306.3 del COGEP provocó una grave indefensión que influyó en la decisión de la causa porque el TDCA reconoció un derecho a DINASER que ya no es susceptible de ser reclamado ante la caducidad de la acción subjetiva.

4.6. Por su parte, DINASER se opuso a la causal primera de casación argumentando que la excepción de caducidad fue resuelta en la audiencia preliminar a través de un auto interlocutorio y no, en la sentencia. Por lo cual, mal podría impugnarse la sentencia por una decisión que fue tomada en otro momento procesal.

4.7. Manifestó que el artículo 306.3 del COGEP era aplicable porque el caso versaba sobre materia contractual. Explicó que existía un contrato entre CFN y DINASER dado que hubo un acuerdo sobre el precio y la cosa: el servicio de guardianía era prestado por DINASER y los honorarios eran regulados por los jueces de coactiva de CFN mediante providencias dictadas en los procedimientos coactivos. Al respecto, citó a Enrique Rojas Franco quien indica que *“cuando se conviene en cosa y precio hay contrato, independientemente de su formalización”*.

4.8. A su vez, hizo referencia a la resolución No. 823-2013 (juicio No. 595-2010) dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, donde se dijo:

(1/4) en la teoría general de las obligaciones existen también los contratos verbales, es decir aquellos que se entienden perfeccionados muy a pesar de que no haya mediado

un contrato escrito, por lo que la naturaleza de dicha relación no puede desconocerse a favor de una no contractual a pretexto de que no se haya celebrado un contrato escrito, como indebidamente argumenta el recurrente en su escrito de casación al aseverar que en el presente caso medio un acto administrativo que ordenaba la ejecución de la obra (¼).

4.9. Por ende, DINASER solicitó que se desestime la causal invocada por CFN. Conforme los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente y su contraparte, corresponde que este tribunal analice la procedencia o no de la causal primera del artículo 268 del COGEP por la aplicación indebida del artículo 306.3 *ibídem*.

4.10. Primero, es necesario desestimar la alegación de CFN sobre la necesidad de aplicar el criterio de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del caso 17811-2016-01588. Este no es heterovinculante para el presente tribunal. Según la Corte Constitucional, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no instituye el precedente horizontal heterovinculante. En la sentencia No. 1035-12-EP/20, estableció:

Aquella hetero-vinculatoriedad significa que el fundamento (centralmente, la ratio decidendi) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a otros jueces del mismo tribunal que, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo. (¼) En el caso de los precedentes horizontales de la Corte Nacional, su carácter hetero-vinculante depende de que se satisfagan las condiciones establecidas en el artículo 185 de la Constitución y las disposiciones legales relacionadas (¼)

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1035-12-EP/20, 22 de enero de 2020, párr. 18.

4.11. Dado que el criterio de los jueces casacionales del caso 17811-2016-01588 no cumple con las condiciones del artículo 185 de la Constitución, el presente tribunal no está obligado a resolver de la misma manera. Por consiguiente, no procede este argumento de la entidad recurrente.

4.12. Segundo, el artículo 306.3 del COGEP establece que la demanda en *“casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo”* puede presentarse en el plazo de cinco años. A partir de la redacción escogida por el legislador, se

observan dos cuestiones: (i) el artículo en cuestión no sólo abarca aquellos casos en los que exista un contrato, lo que tiene fundamento en el empleo del término "*otras*"; y, (ii) la referencia a "*materia contractual*" no puede desnaturalizarse para que únicamente incluya los contratos formados a la luz de la Ley Orgánica de Contratación Pública, como arguye la recurrente.

4.13. Sobre la primera cuestión, es necesario notar que, de acuerdo al diccionario de Real Academia Española, el término "*otro*" significa en su sentido natural y obvio: "*una persona o cosa distintas de aquellas de que se habla*". Por lo que sería un error limitar la aplicación del artículo 306.3 del COGEP a los casos en los que exista un contrato, esto es, a la "*materia contractual*" a la que se refiere el inicio de la oración.

4.14. En consecuencia, el argumento de la entidad recurrente sobre la inexistencia de un contrato entre CFN y DINASER es insuficiente para sustentar la indebida aplicación del artículo en cuestión, pues -como ya se dijo- la propia redacción de la ley revela la norma no se limita a ese tipo de controversias.

4.15. En cuanto a la segunda cuestión, es menester recordar que la administración pública obtiene la colaboración voluntaria de los particulares cuando compra, arrienda, contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concede servicios públicos, o la ocupación o el uso de bienes del dominio público; y por otra parte, logra la colaboración forzosa de los particulares, mediante la nacionalización, la expropiación y la requisita. Esa "*colaboración voluntaria se da bajo el esquema contractual*", en oposición a lo que sucede en las formas de colaboración forzosa [Jorge Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo*, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos/Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, 162-163].

4.16. Entonces, la relación contractual existe por el acuerdo voluntario entre las partes independientemente de su formalización por escrito, como ya lo ha reconocido la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corte en otros casos, por ejemplo, el citado por la contraparte de la recurrente [Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, resolución No. 823-2013, juicio No. 595-2010, 26 de diciembre de 2013].

4.17. Este tribunal se inclina por la aplicación del numeral 3 del artículo 306 del COGEP -en lugar del numeral 1 que propone la recurrente- en supuestos donde, aunque no exista un contrato por escrito, se verifique una relación obligacional entre el Estado y un particular donde la administración pública haya obtenido la colaboración del particular con la voluntad de este último. De otra manera, la Administración se beneficiaría de su propia torpeza, en perjuicio del administrado, pues recibiría los

servicios del administrado a pesar de no haberle ofrecido las seguridades que conlleva una relación producida a través de un proceso de selección y adjudicación de un contrato y, al mismo tiempo, se beneficiaría de un término más corto de caducidad (90 días de la acción subjetiva) por servicios que debió poner bajo contrato y que, de haberlo hecho, el administrado tendría -sin lugar a dudas- cinco años para su reclamo.

4.18. Tercero, cabe precisar que la resolución No. 4-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia únicamente ofrece criterios para distinguir cuándo un reclamo contractual debe someterse a la jurisdicción contencioso administrativa o la civil. Tal resolución no se refiere a la aplicación del artículo 306.3 del COGEP en los casos de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo donde no hay de por medio un contrato. Tampoco se disputa si el caso debió llevarse ante los jueces civiles, en lugar de al TDCA. Por lo cual, la invocación de esa resolución por parte de la recurrente resulta impertinente al supuesto en el que nos encontramos, que es la inexistencia de un contrato, como ella mismo ha reconocido en su recurso de casación.

4.19. Por todo lo expuesto, se concluye que no existió una aplicación indebida del artículo 306.3 del COGEP en la sentencia del TDCA. Consecuentemente, se rechaza la causal primera del artículo 268 *ibídem*, conforme fue invocada por la entidad recurrente.

2. Causal cuarta: La falta de aplicación de los preceptos jurídicos contenidos en los artículos 164 y 165 del COGEP

4.20. La entidad recurrente pretende que se case la sentencia del TDCA bajo la causal establecida en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

4.21. A criterio de la entidad recurrente, el TDCA incurrió en la falta de aplicación de los preceptos establecidos en los siguientes artículos:

Art. 164 COGEP.- 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.

Art. 165 COGEP.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.

4.22. Según CFN, el TDCA no señaló de forma detallada las pruebas practicadas en la audiencia de juicio que le sirvieron para tomar su decisión, pues la basó en "*varias providencias*" de procesos coactivos, sin especificarlas.

4.23. Adicionalmente, la entidad recurrente alega que el TDCA valoró documentos que no fueron practicados en la audiencia de juicio dado que no se leyeron en su parte pertinente. CFN indica que en la audiencia sólo se hizo un muestreo de algunas providencias de los juicios coactivos, que entre ellas no suman el monto que se ordenó pagar a CFN.

4.24. Al valorarse prueba que no fue practicada, CFN estima que se infringió el principio de contradicción porque no pudo sostener su defensa respecto de cada una de las providencias y facturas que le generaron una obligación de pago a favor de DINASER.

4.25. CFN considera que lo anterior generó la aplicación indebida del artículo 117.2 del COPF, que establece:

Art. 117.2 COPF.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: (1/4); y, 2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

4.26. Por su parte, DINASER se opone al recurso de CFN por esta causal y argumenta que no existe una infracción al principio de contradicción porque fue la propia entidad recurrente quien incorporó al proceso la documentación sobre los juicios coactivos. Además, señala que la argumentación del TDCA es ejemplificativa respecto de las providencias de los juicios coactivos y que, además, el TDCA no concluyó que debía pagarse la totalidad de la deuda con base en tales providencias, sino que lo hizo apoyándose en el requerimiento de pago de DINASER y la respuesta a este por parte de CFN mediante oficio No. CFN-GG-2017-0325-OF.

4.27. Tomando en cuenta las alegaciones de la entidad recurrente y su contraparte, se procederá a analizar la causal cuarta del artículo 268 del COGEP. Esta se trata de la llamada *violación indirecta* de la ley sustantiva. Para que se configure, no basta que se haya cometido un yerro de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, sino que además se requiere que esto haya generado la infracción de normas de derecho. En esta causal, no cabe consideración respecto de los hechos, pues la valoración de la prueba es una atribución de los jueces de instancia [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 1ra Edición, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Andrade & Asociados, 2005, 155-157].

4.28. Los pronunciamientos reiterados de esta Corte han establecido cinco requisitos para que esta causal prospere: (i) la indicación de la normas de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; (ii) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; (iii) la indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; (iv) la infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, (v) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material [Resolución No. 44-2013, juicio 767-2011, 25 de enero de 2013; resolución No. 568-99, juicio 109-98, 29 de diciembre de 1999; Resolución No. 178, juicio 116-99, 30 de noviembre de 1999].

4.29. En el caso que nos ocupa, no se cumple el quinto requisito para que prospere la causal invocada. Este presupuesto se refiere a la trascendencia del error del juzgador al momento de valorar la prueba, sea por la falta de aplicación de un precepto jurídico atinente, su indebida aplicación o errónea interpretación. Es decir, el recurrente debe demostrar que si el juzgador no hubiera incurrido en ese yerro, la decisión del caso hubiese sido radicalmente distinta por haber incidido en la aplicación de normas sustantivas [Nicastro, G. Valoración de la prueba en casación: La teoría del absurdo evidente. (I.U. Procesal, Ed.) Revista Uruguaya de Derecho Procesal (1), 2006, p. 64].

4.30. Eso no sucede en este caso porque, aún sin la valoración de las providencias dictadas por los jueces coactivos, el TDCA habría llegado a la misma conclusión, esto es, que CFN recibió el servicio de guardianía prestado por DINASER a los bienes embargados. Esto con base en la valoración del requerimiento de pago de la actora y la respuesta de CFN en el oficio No. CF-GG-2017-0325-OF. Al respecto, el TDCA indicó lo siguiente:

12.5.- Así mismo, de la revisión del proceso el Tribunal verifica que cuando la actora realiza el requerimiento de pago con las facturas de los servicios por el valor total de la pretensión, la entidad accionada en su respuesta mediante oficio Nro. CFN-GG-2017-0325-OF de fecha 28 de noviembre de 2017 (fs 1308) no indica que el servicio no se ha prestado o que no corresponde ese monto sino únicamente que no existe contrato para proceder al pago (¼) [Foja 16287]

4.31. Por lo tanto, no existe trascendencia en el evento de que el TDCA hubiese cometido un yerro en la valoración de las providencias de los jueces de coactiva, dado que de todas maneras habría arribado a la misma conclusión fáctica y por ende, hubiese aplicado el artículo 117.2 del COPF a ese supuesto de hecho.

4.32. Además, este tribunal desestima la alegación de que las providencias dictadas en los juicios coactivos no fueron practicadas en la audiencia de juicio. El artículo 204 del COGEP establece que la prueba documental de gran volumen se produce de manera completa, excepcionalmente, y cuando así lo disponga el juzgador en la audiencia. Tras haber escuchado la audiencia de juicio [fojas 16038 y 16043], no se constata que el TDCA haya ordenado a la actora que opere según la excepción que señala el artículo 204 del COGEP, para que practique de manera completa la documentación. Por lo cual, contrario a lo que señala la entidad recurrente, se entiende que esta fue practicada.

4.33. Finalmente, se observa que el argumento de CFN sobre una violación de su derecho a contradecir prueba, establecido en el artículo 165 del COGEP, carece de asidero porque fue ella quien aportó la documentación sobre los juicios coactivos bajo la orden que dictó el TDCA en la audiencia preliminar para atender la solicitud de acceso a la prueba de DINASER [foja 16029]. En otras palabras, siempre tuvo en su poder la documentación y conoció desde qué momento fue aportada al expediente, por lo que contaba con todos los elementos para impugnarla si así lo consideraba.

4.34. Luego de haber desestimado todas las alegaciones de la entidad recurrente y tras haber constatado que no se cumple uno de los requisitos para que prospere la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, se niega la procedencia de esta causal.

V. Decisión

5.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de 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 DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **rechaza** el recurso de casación interpuesto por la Corporación Financiera Nacional, y por lo tanto decide **no casar** la sentencia dictada el 1 de julio de 2020, las 12h01, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION No. 690-2021



Juicio No. 17811-2014-0330

JUEZ PONENTE: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 2 de septiembre del 2021, las 09h38. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Enrique Velásquez Díaz fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante oficio No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021 y 115-P-CNJ-2021, respectivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** conforme lo establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 04-2021, considerando la renovación de la Corte Nacional de Justicia y la nueva integración de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, se dispuso el resorteo total de los procesos judiciales; **d)** el 07 de mayo de 2021 se resortó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por Patricio Adolfo Secaira Durango, Milton Enrique Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso; **e)** 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 el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 12 de abril de 2018 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, se aceptó parcialmente la demanda dentro del juicio N° 17811-2014-0330 seguido por el Brigadier General Carlos Guillermo Alberto Banderas Román en contra del Procurador General del Estado, Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado y Contralor General del Estado, y declaró ^a la ilegalidad de la

Resolución Administrativa 0070 de 19 de abril de 2013 expedida por el Subcontralor General del Estado Subrogante, de la Resolución 0756 de 21 de noviembre de 2007 expedida por el Director de Responsabilidades y, consecuentemente, de la glosa 20637 de 4 de septiembre de 2006 que dio origen a los señalados actos administrativos en lo que al accionante de este proceso contencioso administrativo respecta, dejando sin efecto la determinación de responsabilidad civil que pesaba sobre el Brigadier General Carlos Banderas Román, por las razones que han sido expuestas en este fallo°, aclaró además que “no ha lugar el pago de los daños y perjuicios reclamados por el accionante por no haberse justificado procesalmente los mismos°.

1.2.- El 17 de abril de 2018, la institución demandada solicitó la aclaración de la sentencia, la misma que fue negada con auto de 8 de mayo de 2018.

1.3.- El 29 de mayo de 2018, la Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación, mismo que fundamentó en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- El 7 de agosto de 2020, el Conjuer de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el recurso de casación propuesto.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, adolece del vicio de indebida aplicación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que es acusado por el casacionista; y el vicio de errónea interpretación del artículo 55 de la misma ley, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, como aduce el casacionista. De comprobarse dichos errores en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

2.3.- Respecto de la causal primera alegada por el recurrente.- La entidad casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación del artículo 26 de la LOCGE y al efecto manifiesta: *“ Señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia, para analizar lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo, primero debemos tomar en*

cuenta la época en la que se generaron los hechos ocurridos al momento de emitir la responsabilidad civil en contra del actor, pues la Contraloría General del Estado, realizó el examen especial a los ingresos operacionales, y no operacionales de TAME, Línea Aérea del Ecuador por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de septiembre de 2003, aprobado mediante informe No. DAEIN-032-04 (DIRES 1228-2004). Si partimos de este análisis, podemos dilucidar claramente que la afirmación que realiza el Tribunal en la sentencia impugnada, desconoce e ignora que, para los hechos examinados por la Contraloría General del Estado, al momento de la aprobación del informe, se encontraba vigente el artículo 26 de la LOCGE, promulgada en Registro Oficial No. 604 de 25 de junio de 2002, la cual, en su parte pertinente, señala: (4) desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, como regla general, no excederá del año 1/4°. Luego continúa la recurrente argumentando que: "De la simple lectura de la sentencia, se puede verificar que el Tribunal aplica la reforma del artículo 26 de la LOCGE, que entró en vigencia a partir del 10 de febrero de 2014, sin tomar en cuenta que el artículo 7 del Código Civil señala: La ley no dispone sino para lo venidero, y no tiene efecto retroactivo. En este sentido, si el Tribunal habría aplicado la norma vigente a la época de los hechos, no hubiera conllevado a un fallo que adolece de vicio insubsanables que influyeron en la decisión de la causa, pues queda claro que la ley no es retroactiva y ésta rige únicamente para lo venidero 1/4°

La entidad recurrente también alega el vicio de la errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 55 de la LOCGE, y para dicho efecto aduce: (1/4) La errónea interpretación del artículo 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que realiza el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, conllevó a que se dicte una sentencia sin fundamento ni asidero jurídico, pues el Tribunal afirma que: Si la Contraloría General del Estado da por aceptado que desconoce un domicilio para notificar por la prensa, está obligada a acreditar que realizó las gestiones mínimamente aceptables para asumir el desconocimiento del domicilio. En este sentido, debo manifestar que la norma es clara y concreta, lo cual no da lugar para una interpretación extensiva y mucho menos asumir, que el artículo citado obliga a la Contraloría a justificar el por qué desconoce el domicilio de los administrados. Después alega: "En este contexto y por las razones antes explicadas, el Tribunal no debió simple y deliberadamente pronunciar que la Contraloría General del Estado, al no agotar las vías para la notificación en persona, impidió que el actor ejerza su derecho a la legítima defensa, sin poner a consideración la normativa antes señalada, pues el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, faculta la notificación por la prensa en caso de no encontrar o desconocer el domicilio de los administrados."

2.4.- Respecto a la trascendencia del primer vicio acusado.- Es importante señalar que en el ámbito casacional uno de los elementos de procedencia determinantes del recurso de casación, se remite al

principio de ^atrascendencia^o, el cual se refiere a que el vicio acusado debe revestir de significativa relevancia en la decisión del fallo; de tal manera que al aplicarse el mismo la decisión del fallo resultare distinta. Al respecto, es propicio reproducir las siguientes citas jurisprudenciales: *“No es materia de casación cualquier error de derecho, sino únicamente aquellos que por su trascendencia tenga influencia decisiva en el fallo, como manda nuestra ley; que hayan sido determinantes en su parte dispositiva”*^{1/4} (Gaceta Judicial XVI, No. 2, página 256, Merino vs Pilicita). *“Los errores sin trascendencia no son causal para casar el fallo, sino aquellas violaciones a la ley que tengan repercusiones al desviar a la justicia de su camino”*. (Resolución No, 89-2001 de 02 de marzo de 2001, juicio No. 168-98).

Corresponde entonces a esta Sala Especializada realizar un ejercicio de cotejamiento lógico entre el vicio acusado y lo expuesto por la sentencia impugnada a fin de determinar la presencia o no del yerro acusado, y para identificar el alcance y sentido que dicho Tribunal otorgó al artículo 55 de la LOCGE. Para el efecto es pertinente sintetizar lo expuesto en la decisión del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, que dentro de sus consideraciones medulares enuncia: ^a^{1/4} *CUARTO.- La violación del Art. 55 No. 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la consecuente infracción a garantías básicas del debido proceso que impidieron al actor ejercer su derecho de defensa, son fundamento para aceptar la demanda y declarar la ineficacia tanto de la resolución administrativa impugnada en juicio así como de los actos que dieron origen de dicha resolución, sin embargo, los jueces consideramos necesario analizar otros aspectos sobre los que versó la litis con el fin de decidir sobre todos los puntos de derecho sustanciales de la controversia. La demanda se refirió a una falta de competencia del Director de Responsabilidades para establecer responsabilidad civil del Brigadier General Carlos Banderas Román, por cuanto, a decir del accionante, el objeto del examen especial a TAME que consta en la Orden de Trabajo 39130-DAIN de 5 de noviembre de 2003, dispuso la auditoría de ingresos operacionales y no operaciones del período 1 de enero de 2001 a 30 de septiembre de 2003 y que el accionante de este proceso se habría separado del cargo de Presidente Ejecutivo de TAME y miembro de su Directorio el 17 de junio de 1999. Siendo este aspecto de trascendencia para la materia que se discute en juicio, se considera y resuelve: 4.1. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en el Art. 26, señala que todo informe de auditoría gubernamental debe cumplir con unos requisitos mínimos de contenido entre los cuales consta la referencia al período examinado: **Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables** **A partir de***

esta norma se desprende que las actuaciones comprendidas en las potestades de fiscalización de la Contraloría del Estado no tienen un carácter indefinido en el tiempo ni pueden ser ilimitadas. De ahí que el período dentro del cual se realiza un examen especial o se elabora un informe de auditoría gubernamental, no es un tema menor dentro del ejercicio de esta potestad pública, pues, entre otros aspectos, guarda relación con los institutos de caducidad y prescripción regulados en el Art. 71 de la ley.

4.2. A fojas 13 del proceso consta el oficio suscrito por la Dra. Miriam Zabala de Mosquera, Directora de Auditoría de Empresas e Ingresos de la Contraloría, en la que señala lo siguiente: **«** Hemos realizado el examen especial a los ingresos operacionales y no operacionales de TAME por el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003 **»** sobre el mismo tema, más adelante, a fojas 14 a 41 consta el **«** Examen Especial **»** en donde se identifica el período fiscalizado: 1-01-2001 al 30-09-2003; y en la primera foja del expediente administrativo presentado por la Contraloría consta un documento que señala lo siguiente: **«** De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (1/4) notifiqué a ustedes el inicio del examen especial a los ingresos operacionales y no operacionales de TAME (1/4) por el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003 **»** **En todos estos tres instrumentos públicos hay reiteración concordante respecto del período comprendido en el examen especial, de manera que las conclusiones o imputaciones de responsabilidad civil no podrían comprender un período distinto, ni anterior ni posterior al señalado en la Orden de Trabajo 3190-DAIN de 5 de noviembre de 2003**° (el resaltado le pertenece a esta Sala). Se observa claramente que el motivo por el cual el Tribunal de instancia declaró la ilegalidad del acto administrativo impugnado, de ninguna manera constituye la caducidad prevista en el artículo 26 de la LOCGE, sino que el motivo es otro, y tiene que ver con el período auditado y con la fecha en que el actor del juicio se desvinculó de la entidad auditada. En efecto, del pasaje de la sentencia transcrito se colige con claridad que el Tribunal de instancia ha determinado que el ente de control no podía establecer responsabilidad civil del actor del juicio si el período auditado está comprendido entre el 01 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, mientras que el actor del juicio se desvinculó de la entidad auditada el 17 de junio de 1999 por lo que resulta improcedente que se establezca responsabilidad en un período en que el actor no laboraba en la institución auditada. En el considerando sexto de la sentencia recurrida se observa que la norma jurídica en la que se fundamenta la decisión judicial es el artículo 52 inciso primero y segundo de la LOCGE que regula el instituto de la responsabilidad civil culposa. Dentro de este contexto, la cita que consta en la sentencia recurrida del artículo 26 de la LOCGE es meramente referencial, y fue utilizado por el Tribunal de instancia solamente para resaltar la importancia que tiene el tiempo en la sustanciación del procedimiento administrativo.

Cabe recordar que la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere, ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: *“ el error in iudicando in jure ”*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse. En este caso, la infracción que se acusa es la *“ aplicación indebida ”* (que implica que la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla). La entidad que presenta el recurso de casación ha evidenciado un error dentro de la sentencia del Tribunal *a quo* al utilizar una norma que no era aplicable al caso, toda vez que se debía aplicar el artículo 26 de la LOCGE contenido en el Registro Oficial No. 604 de 25 de junio de 2002 y en su lugar se aplicó la reforma de este artículo vigente a partir del 10 de febrero de 2014. Sin embargo, a pesar de haber evidenciado el referido error que efectivamente se ha deslizado en la sentencia recurrida, la casacionista ha omitido evidenciar una afección real y efectiva en la decisión final de los jueces. Como se puede observar del extracto de sentencia transcrito, el Tribunal de instancia realiza, sobre el artículo 26 de la LOCGE, una mera referencia para resaltar la importancia que deriva del cumplimiento del plazo indicado por la norma y reafirmar que todo informe de auditoría debe cumplir con los requisitos previstos para el caso. Fuera de ello, el Tribunal *a quo* no ha fundamentado su decisión en el mencionado artículo, o la reforma que alude la recurrente; es decir, en ningún momento la sentencia recurrida entra a examinar el plazo de caducidad previsto en esta norma, sino que la utiliza para referenciar que la imputación que resulte del informe de examen especial no puede referirse sino al periodo comprendido en la Orden de Trabajo. De ahí que la sentencia sea enfática al concluir en el numeral 4 que: *“ (¼) resulte contrario a estos señalamientos y por tanto, apartado de la competencia fijada por el Contralor del Estado a través de la Orden de Trabajo, el que la glosa haya imputado responsabilidad civil por el otorgamiento de un crédito que TAME Línea Aérea del Ecuador habría hecho a favor de COASELSA S.A. el 24 de febrero de 1999, esto es, aproximadamente dos años antes de la iniciación del período que quedó sometido a examen especial... ”*.

La casacionista pretende sustentar el vicio de indebida aplicación aduciendo que el Tribunal de instancia ha utilizado una reforma a la ley que prevé un plazo menor al establecido por la norma que efectivamente debía aplicarse al caso en razón del tiempo. Sobre el particular, es importante resaltar que la Orden de Trabajo 39130-DAIN de 5 de noviembre de 2003 que fija el período de examen especial entre enero de 2001 y septiembre de 2003 fue aprobada con fecha 29 de octubre de 2004. De lo anterior se desprende que, independientemente del error incurrido por la sentencia recurrida al utilizar la norma que dicta 180 días cuando el plazo aplicable era un año, desde la fecha de la Orden de Trabajo hasta la aprobación del informe se cumplió con el plazo previsto en el artículo 26 de la LOCGE vigente a la fecha del examen, es decir, la aprobación del informe no superó el año desde que

se emitió la Orden de Trabajo. La potestad de Contraloría General del Estado para emitir su informe de auditoría gubernamental no estaba entonces caducada ni de la sentencia recurrida se concluye que dicha discusión haya constituido la *ratio decidendi* del fallo del Tribunal de instancia.

Por todo lo expuesto, esta Sala Especializada considera que el vicio acusado es intrascendente, por lo que rechaza el recurso por este extremo.

2.4.- Respecto al vicio de errónea interpretación del artículo 55 de la LOCGE.- La entidad recurrente alega que la sentencia del Tribunal *a quo* ha fallado sobre la base de una interpretación extensiva que ha dado a un artículo que permite a Contraloría General del Estado, fuera de otra consideración que no sea el desconocimiento del domicilio del imputado, notificar por la prensa. Dicta el referido artículo: *“Art. 55.- Notificación de órdenes de reintegro, predeterminación de responsabilidad civil culposa, resoluciones y providencias.- La notificación de órdenes de reintegro, predeterminación, providencias y resoluciones de responsabilidad civil culposa, se harán en persona, o por boleta dejada en el domicilio del interesado, o por correo certificado o por correo legalmente autorizado, o en el casillero judicial que se hubiere señalado para el efecto. En caso de desconocerse el domicilio, la notificación se realizará por la prensa, en forma individual o colectiva, dicha publicación contendrá los nombres y apellidos de los involucrados, las funciones que hayan ejercido y el valor de la predeterminación de la responsabilidad civil culposa, o de las órdenes de reintegro”* (el resaltado le pertenece a esta Sala). Además alega que el Tribunal de instancia ha excedido su criterio al considerar que Contraloría debía acreditar una mínima diligencia para proceder posteriormente con la publicación por la prensa cuando el artículo no prevé esto.

Cabe aclarar que el vicio alegado, *“errónea interpretación”*, se presenta cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. De constatarse dicho vicio, se daría pues, por parte del juzgador de instancia un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debería ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal.

Es menester que esta Sala Especializada se refiera a dos puntos en concreto; el primero correspondiente a las conclusiones a las que llega la sentencia impugnada sobre la procedencia de la notificación por prensa y, segundo, si efectivamente la publicación alegada por Contraloría cumplió con los requisitos legales propuestos por el artículo 55 de la LOCGE.

2.4.1.- Respecto al primer supuesto, El Tribunal de instancia impone la obligación de justificar el desconocimiento del domicilio de los administrados a la Contraloría General del Estado, previo a disponer la notificación por la prensa puesto que este evento, el desconocimiento del domicilio, es el

que da paso al precepto normativo instituido en el segundo inciso del artículo 55 de la LOCGE. Es lógico que, como se demuestra del expediente del proceso, la facultad que tiene Contraloría para proceder a la notificación por la prensa no supone la libre decisión de esta entidad para hacerlo, más aun cuando existen registros públicos que contienen toda la información del administrado a los que libremente podía acceder la Contraloría para ubicar la dirección del servidor auditado. El proceder de manera directa con la notificación por la prensa en este caso solo evidencia la falta de diligencia con la que actuó Contraloría General del Estado al haber omitido realizar la más mínima gestión para conocer con absoluta certeza el domicilio de quien debía ser notificado. En tal virtud, la conclusión a la que arribó la sentencia recurrida es correcto. No se ha otorgado por parte del Tribunal *a quo* un entendimiento extensivo de la norma como aduce la casacionista, sino que más bien se ha exigido que se respete el debido proceso, sin que aquello constituya la errónea interpretación acusada.

2.4.2.- En cuanto al segundo supuesto, y a manera de *obiter dicta*, esta Sala considera necesario indicar que del expediente del proceso y el análisis de la sentencia recurrida se evidencia que la publicación en prensa con la que Contraloría pretende justificar su respeto al debido proceso y la debida notificación al glosado, no consta dentro del expediente, hecho mismo tras el cual no se debería ni siquiera analizar la procedencia o no del supuesto de la notificación por la prensa, pues no se puede constatar el cumplimiento del precepto general del artículo 55 de la LOCGE, que es la notificación de predeterminaciones o resoluciones confirmatorias de responsabilidad civil. Agregado a esto, se debe tener presente que el supuesto de la notificación por la prensa no requiere un análisis de fondo sobre las razones o no del desconocimiento del domicilio del administrado, simplemente se debe acreditar una razón que demuestre que efectivamente no hay forma plausible por la que se pueda determinar el domicilio del administrado, como supuesto subsidiario en defecto de la notificación personal; lo que sí requiere este artículo es una forma sustancial a cumplirse, señalando entonces la identificación del involucrado, las funciones que haya ejercido y el valor de la predeterminación de responsabilidad civil en su contra. Sin mayores consideraciones a tomar en cuenta, es lógico que en este caso no se podía acreditar estos requisitos para al menos generar duda del cumplimiento o no de esta norma por parte de Contraloría si dicha publicación tampoco consta en el expediente.

La sentencia recurrida ha señalado en su considerando tercero que: ^a (1/4) *el supuesto del desconocimiento del domicilio al que se refiere el Art. 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no basta con establecerlo con una anotación a mano alzada. El supuesto relativo al desconocimiento del domicilio para notificación por un medio de prensa siempre lleva implícita la obligación de agotar previamente gestiones para averiguarlo, esto es, hacer un esfuerzo razonable por establecer, a través de información que reposa en archivos o registro públicos, el lugar donde debería practicarse la notificación. Esta circunstancia regulada en el Art. 55 de la Ley Orgánica de*

la Contraloría General del Estado no puede ser entendida aislada o apartada de las garantías del debido proceso previstas en el Art. 76 de la Constitución^{1/4}°. La interpretación que la sentencia recurrida le ha otorgado al artículo 55 de la LOCGE es correcta y por tanto el vicio acusado deviene en improcedente.

IV.- DECISION

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, niega el recurso de casación interpuesto por Contraloría General del Estado; y en tal virtud, no casa la sentencia expedida el 12 de abril de 2018, a las 11h28, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito dentro del Juicio No. 17811-2014-0330. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. Notifíquese y devuélvase.-

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION 694-2021



157552330-DFE

Juicio No. 17741-2015-0408

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 2 de septiembre del 2021, las 13h48. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, 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 No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021, **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17741-2015-0408**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, expidió sentencia, dentro de la causa signada con el **No 11802-2013-0282**, (proceso que en la Corte Nacional tiene el No. **17741-2015-0408**), el 31 de marzo de 2015, 14h54, promovido por la ciudadana DOLORES MARÍA PALACIO RIOFRÍO, en contra del Director Regional 4 de la Contraloría General del Estado (CGE), que actúa como funcionario ejecutor de la CGE. En dicha sentencia se acepta la demanda de excepciones a la coactiva por la causal de inexistencia de obligaciones, declarando la ilegalidad del título de crédito, auto de pago y, consecuentemente del procedimiento coactivo No. 376-DR4-A de 24 de julio de 2012.

2.2.- RECURSO: La entidad demandada del juicio de instancia, Contraloría General del Estado, ha interpuesto recurso de casación en contra de dicha sentencia, fundando el mismo en las causales, segunda, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 18 de mayo de 2016 ha admitido el recurso interpuesto por la CGE, en lo relacionado a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación de normas procesales, habiéndose infringido el artículo 968 del Código de Procedimiento Civil.

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, el artículo 1 de la Ley de Casación.

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como

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

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó, principalmente que, la accionante ha sostenido que el origen de la obligación por la cual se ha emitido el título de crédito es la sentencia de 2 de mayo de 2002 pronunciada por la Corte Provincial, dentro de la causa penal 02-2001 que ordena la devolución de ellos dineros cobrados por los exservidores públicos beneficiarios del recurso de amparo constitucional 10-230, en la que se dispone que las gestiones de cobro debe realizar la CGE. Que se le notificó con el título de crédito por \$3.499,27 habiéndolo impugnado; impugnación que le fue negada, luego de lo cual se emite el título por ese valor más los intereses según la tasa convencional vigente. Que el cobro que realizó es legítimo ya que se origina en una acción de amparo constitucional cuya resolución es firme. Sostiene que la CGE no tiene competencia para revocar sentencias judiciales y que de ser legítima la exigencia de CGE, la obligación habría caducado por lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGE. Que no ha sido parte del proceso penal señalado por lo que su decisión no le obliga jurídicamente ya que la supuesta responsabilidad no proviene de responsabilidad civil, administrativa o penal. Que la CGE en resolución 7640 de 29 de julio de 2004 desvaneció la responsabilidad civil solidaria por la suma de \$3.446.763,47 establecida mediante glosas 11747 a 11751 del 28 de abril de 2003, determinadas en contra de las personas que señala en contra de las cuales se ha expedido la sentencia penal, entre las que no consta la actora. Que la CGE en su contestación a la demanda ha manifestado que el título de crédito sobre cuya base se inició el procedimiento de ejecución coactiva, se sustente en sentencia judicial, en la que se ha declarado responsabilidad penal, sin que la obligación de devolver los dineros cobrados por la actora se extinga. Que el Tribunal aprecia que efectivamente la obligación exigida proviene de una sentencia judicial de 2 de mayo de 2002 emitida dentro del juicio 02-2001 en la que se ha ordenado la devolución de los valores que los beneficiarios de la acción de amparo cobraron, cuyas acciones las realizará la CGE. Que, la sentencia emitida dentro de ese proceso no ha sido dictada por la Sala de lo Penal Corte Superior de Justicia de Loja como consta en el título de crédito ni menos que esta haya sido confirmada por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de Loja como asoma de ese documento y ratificada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Pues dicho fallo proviene de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja en la que se ordena dicha devolución, la cual ha sido confirmada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia,

dentro del juicio penal por peculado seguido contra JRAJ, LVCC, GWOC, CHSV, y JRBP, a quienes se les ha condenado por el cometimiento de esa infracción; sin que en ese juicio conste que se haya iniciado y condenado a la señora Dolores María Palacio Riofrio. Que las sentencias producen efectos únicamente respecto de las partes que han intervenido en el juicio y que en dicho proceso penal no consta que la actora haya sido procesada y declarada culpable de delito alguno y que es con relación a ese proceso en el que se sustenta la obligación exigida por la CGE en contra de la excepcionante. Que, en el examen especial practicado por CGE, se han establecido presunciones de responsabilidad penal únicamente a las mencionadas personas entre las que no consta la accionante. Que, el título de crédito 376-DR4-A no se deriva de una acción de control efectuada por la CGE en la que se hubiere determinado responsabilidad civil en contra de la accionante, que fueran confirmadas por resolución administrativas, pues provienen de una decisión judicial, por lo que no tiene fundamento el argumento de la actora de que se ha producido la caducidad de la competencia de CGE. Que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer y resolver los juicios de excepciones a la coactiva que se presentaren respecto de los títulos de crédito que emita la CGE. Que se ha realizado un examen especial por parte de la Contraloría al proceso de reliquidaciones económicas dispuestas en favor de la accionante y otras personas, por efecto de la resolución de amparo constitucional, en cuyo informe parcial no se determinan responsabilidades civiles en contra de los servidores públicos que cobraron esos valores. Que el artículo 15 del Reglamento para el Ejercicio de la Acción Coactiva de la CGE, establece que para que exista legalmente responsabilidad debe ser declarada por autoridad competente y notificada lo cual no se cumple en el caso. Todo lo cual, permite concluir al Tribunal de instancia que se ha justificado la inexistencia de la obligación a la que se refiere el título de crédito

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO: En el caso en estudio, el recurso de casación ha sido admitido por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, causal respecto de la cual la casacionista sostiene que, en el considerando PRIMERO de la sentencia que ataca el Tribunal de instancia ha señalado que a la causa se le ha dado el trámite previsto en el capítulo V.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, introducido por Decreto Supremo 611 publicado en Registro Oficial 867 de 31 de julio de 1975; sin considerar que no se trata de una resolución en firme de la CGE sino del cumplimiento de una orden judicial que dispuso la recuperación de esos valores, violándose el trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil para las excepciones al procedimiento coactivo. Que el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria según el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la violación de trámite genera la nulidad procesal; lo que determina que no se aplicó el trámite propio para esta clase de juicios, ya que se advirtió que al caso debió darse el trámite previsto en el artículo 968 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; que por ello la sentencia incurren en errónea interpretación de normas procesales.

8.- ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN: La causal invocada establece que es procedente el recurso de casación por:
^a 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 casa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente^o.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema, ahora Corte Nacional de Justicia, han sido coincidentes en

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

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

a) Que los modos de infracción que trae la norma, deben estar claramente expresados por el casacionista, tomando en consideración que estos son autónomos. En la especie el casacionista manifiesta que la sentencia está viciada de errónea interpretación, modo de infracción que será analizado luego.

b) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión. El recurso en estudio señala que en el caso hubo violación de trámite generadora de nulidad; sobre la cual el mismo autor (op. cit.Tama, p.188), expresa: ^a Por ello -dice la doctrina jurisprudencial- todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (..) debe hacer referencia a los artículos (..); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal..^o.

Diremos entonces que para que la fundamentación, sobre esta causal, tenga una proposición jurídica completa debe el casacionista referir cuál de las causales de nulidad contempladas en el Código de Procedimiento Civil está presente en la sentencia o auto interpelado; causales que de modo taxativo las contempla el artículo ya que debe tenerse presente que, en la casación, es aplicable y fundamentalmente en esta causal, el denominado principio de especificidad el cual determina que las únicas causales por las cuales puede declararse la nulidad del proceso judicial, son aquellas que de modo expreso están determinadas en la Ley; sin que otros vicios puedan tener el mismo efecto; *pas de nullité sans texte (sin texto no hay nulidad)*.

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

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

Para que opere la causal, sea por denuncias de nulidad o indefensión, deben habérselas promovido en el trámite del juicio de instancia; es decir, haber sido objeto de la discusión procesal, de allí nace la posibilidad de

interponer el recurso de casación cuando se está en desacuerdo con la decisión del juzgador que profirió el fallo atacado, por considerarlo viciado, en función de la causal que se ha invocado.

Santiago Andrade Ubidia (^a La Casacion Civil en el Ecuador°. Dr. Santiago Andrade Ubidia, Quito, 2005; Págs. 200 y 201); citando a Núñez Arismundo, manifiesta que: *“La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre como, cuando y en qué sentido se incurrió en la infracción”*; autor que también enseña que: *“La fundamentación es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia.-Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones denunciadas, no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal: es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción”* (José Santiago Núñez Arismundo, en la ^a Aspectos en la Técnica de Formalización del recurso de casación, pág. 38)°.

En el caso en análisis, se ha delimitado el alcance del recurso de casación en referencia a **la errónea interpretación**; por ello es pertinente señalar que la interpretación de normas jurídicas consiste en una operación intelectual orientada a establecer el alcance verdadero de la norma potencialmente infringida, para lo cual es indispensable recurrir a los distintos métodos de interpretación que trae el ordenamiento jurídico y que recomienda la doctrina jurídica; no es pues por ello que la búsqueda de esa verdad pueda constituir una arbitrariedad del juzgador; al contrario, es un mecanismo recomendado para que la norma jurídica pueda ser debidamente subsumida a los hechos fácticos que han resultado del proceso judicial, sobre los cuales en la causal invocada, las partes no tienen objeciones y los consideran válidos.

Es por ello que la fundamentación del recurso cuando se alega este modo de infracción debe determinar con claridad y precisión en qué parte del fallo recurrido, el juzgador de instancia usó la norma jurídica potencialmente infringida, cuál es la interpretación que de ella hizo el Juez, identificando qué método interpretativo ha sido usado por éste; para luego de este ejercicio, establecer cómo debió interpretarse la norma jurídica infringida, qué método debió usarse para ese objeto en lugar del utilizado por el juzgador.

Murcia Ballén al respecto enseña que:

^a *Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de*

aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado. (Humberto Murcia Ballén, ^aLa Casación Civil en Colombia^o, p.324).

En el contexto anterior, es claro que el recurrente señala que la errónea interpretación se ha producido en el considerando PRIMERO de la sentencia que interpela, en el cual el Tribunal de instancia se declara competente ^a para conocer y resolver la demanda de excepciones que origina la presente causa, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 38 de la Ley de Modernización del estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada; en base a la resolución del Consejo Nacional de la Judicatura de 12 de septiembre de 2006, publicada en el registro Oficial Nro. 367 de 29 de septiembre del 2006, que crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 con sede en la ciudad de Loja, en las materias Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario; también por la resolución 091-2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura de 7 de agosto de 2013 que crea la Segunda sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja; por el Capítulo innumerado (V.1) agregado a continuación del Capítulo V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, agregado por el Art. 7 del Decreto Supremo Nro. 611, publicado en el R.O. 857 del 31 de julio de 1975; y, el Art. 217 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial^o.

Puede observarse con claridad que el casacionista denuncia en realidad que se ha producido en errónea interpretación de normas procesales, sin concretar la norma legal que habría sido objeto de ese modo de infracción y que ha sido interpretada erradamente por el Tribunal de instancia; al contrario, lo que afirma en su recurso es que en el caso ^a no se aplicó el trámite propio para ésta clase de demandas, pues desde el inicio de la causa se advirtió que debía darse el trámite previsto en los artículos 968 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.^o; debiendo resaltarse que la presunta incorrección en el trámite no fue planteada ante el Tribunal de instancia, es decir se propone un elemento nuevo que fue ajeno al litigio, pretendiendo que este Tribunal de Casación se pronuncie sobre los hechos del proceso, lo cual le está vedado. El recurrente afirma asimismo en el recurso, como norma infringida el mencionado artículo 968; el cual no ha sido usado por el juzgador en su considerando PRIMERO, el cual ha sido transcrito íntegramente en el párrafo precedente; por manera que, al no haber sido usada esa norma por el juzgador, mal puede habérsela interpretado

erróneamente.

Es menester también dejar establecido que en el sustento escrito del recurso se hace relación a una falta de aplicación de la norma que, a criterio del recurrente, regula el trámite propio de esta clase de juicios, lo que refleja un modo de infracción distinta que consiste en la potencial falta de aplicación de una disposición jurídica, como efecto de la aplicación indebida de otra; modo de infracción distinto al escogido por el recurrente.

Lo expresado determina que en el presente caso, el fundamento de fondo del recurso de casación, es contradictorio y no refleja con rigor el vicio de errónea interpretación de norma procesal; en consecuencia, viene de suyo la improcedencia del recurso examinado.

9.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado; consecuentemente, **NO CASA**, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Loja y Morona Santiago, el 31 de marzo de 2015, las 14h54. Sin costas.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION No. 695-2021



157553363-DFE

Juicio No. 17741-2015-1321

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 2 de septiembre

del 2021, las 13h56. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, 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 No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17741-2015-1321**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil expidió sentencia el **9 de septiembre de 2015, las 08h12**, dentro de la causa signada con el **No. 2015-0004**, proceso que en la Corte Nacional tiene el **No. 17741-2015-1321**, promovido por el ciudadano **SEGUNDO ELÍAS RAMÓN MORA**, en contra del **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE LOJA**, en la cual se decidió aceptar la demanda y declarar la nulidad de la resolución impugnada emitida por el Comisario Municipal de Ornato, que sanciona pecuniariamente al actor.

2.2.- RECURSO: El Alcalde y Procurador Síndico de ese GAD, parte demandada en el juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundado en las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 23 de enero de 2017, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto, por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; excepto en lo que dice relación a la infracción de los artículos 11.5; 76.1 y 424 de la Constitución de la República; artículos 6 y 366 del COOTAD, por no habérselos fundamentado.

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, el artículo 1 de la Ley de Casación.

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia estimó en la parte considerativa del fallo impugnada, como base de su decisión, principalmente, que el acto administrativo impugnado está contenido en la Resolución emitida el 8 de enero de 2015 dentro del procedimiento administrativo No.0242-2014, emitido por el Comisario Municipal de Ornato, quien le impone la sanción de multa. Que, en su demanda el accionante señala que el acto que impugna ha sido dictado por autoridad incompetente. Sin motivación alguna, violando el principio de legalidad, pretendiendo se declare la nulidad del acto que impugna; que de la prueba aportada se establece que las referencias administrativas corresponden a la fase de explotación, la cual no guarda relación con la presunta actividad minera que realiza el actor que es la de comercialización de materiales áridos y

pétreos. Que el GAD Municipal de Loja tiene competencias para imponer sanciones administrativas que estén determinadas en la normativa que expida mediante ordenanza o reglamento, observando los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad y prescripción. Que en la sanción impuesta no se especifica qué norma jurídica ha sido incumplida por el administrado; que la competencia municipal es para controlar la explotación minera que es actividad distinta a la que ejerce el actor; sin que se determine cuál fue la conducta del actor para ser acreedor de la sanción. Estableciendo además que la resolución impugnada carece de la motivación exigida en el ordenamiento constitucional ecuatoriano.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO Y MOTIVACIÓN DEL CASO:

7.1 El recurso interpuesto por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, ha sido admitido por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto de las cuales la Sala considera:

7.1.1 Sobre la **causal primera**, por errónea interpretación del artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, manifestando que, en el considerando OCTAVO de la sentencia de la que recurren, se ha afirmado que en la resolución impugnada no se ha determinado la infracción presuntamente cometida por el administrado, ni la pena que debe aplicarse, por lo que no se ha vulnerado la garantía constitucional señalada; sin embargo, el proceso, desde su auto de inicio se encuentra debidamente motivado, determinando el hecho por el cual se le acusa al actor; que la resolución emitida por la Comisaría de Ornato de 16 de septiembre de 2014 indica los hechos y la sanción de acuerdo a la normativa establecida previamente, habiéndose dado el trámite que corresponde al caso, que por tanto no existe violación directa de normas constitucionales, en especial del artículo 76 numeral 3 de la CRE.

La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación contiene los modos de infracción en los que puede incurrir la decisión judicial potencialmente vulnerada; los cuales pertenecen al ámbito concreto de las disposiciones jurídicas de orden material, por ello se ha dicho que estos vicios son atinentes a la violación directa de normas jurídicas de carácter sustantivo.

La errónea interpretación es una operación intelectual orientada a determinar el alcance jurídico de la norma denunciada como infringida, cuando se han establecido los hechos relevantes que las pruebas procesales han arrojado, para finalmente subsumirlos en los presupuestos de la norma; lo cual conduce a establecer la consecuencia jurídica que esa disposición trae.

En efecto, interpretar es establecer el efectivo alcance que tiene la norma jurídica, puesto que esa operación intelectual se usa para encontrar la verdad que está dentro de la norma jurídica, a fin de que

su uso frente a los hechos, permita una correcta subsunción y se llegue a una adecuada solución jurídica, del caso sometido a la decisión judicial.

^a Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado^o. (Humberto Murcia Ballén, ^aLa Casación Civil en Colombia^o, p.324).

Cuando se alega, en el recurso, este modo de infracción, el casacionista debe determinar con claridad y precisión en qué parte del fallo recurrido, el juzgador de instancia usó la norma jurídica potencialmente infringida, cuál es la interpretación que de ella hizo el Juzgador, identificando qué método interpretativo ha sido usado por éste; para luego de este ejercicio, establecer cómo debió interpretarse la norma jurídica infringida, qué método debió usarse para ese objeto en lugar del utilizado por el juzgador. En el recurso de casación en examen, no aparecen estos elementos que pertenecen a la debida fundamentación de la causal escogida; en la cual no cabe, como ocurre en el manifiesto que contiene el recurso, hacer una vaga referencia que solamente expresa el desacuerdo del recurrente con la decisión judicial. De modo que, al no existir una mínima fundamentación respecto de la causal y vicio denunciada, con el contenido del fallo, el recurso de casación es improcedente, por este extremo.

7.1.2 Sobre la **causal cuarta**, por haber omitido en la sentencia resolver todos los puntos de la litis. Afirmando que en la contestación la demanda, plantearon la excepción de falta de legítimo contradictor, toda vez que el actor impugnó una resolución emitida por el Comisario Municipal de Ornato, sin embargo, la demanda la dirige en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, dejando de lado a la autoridad de la que provino ese acto administrativo; excepción que no ha sido considerada, ya que de acuerdo al artículo 30 letra c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa debió designarse a la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.

La causal cuarta del contenida en el artículo 3 de la Ley de Casación, establece que procede casar el fallo materia del recurso cuando éste haya resuelto lo que no fuera materia del litigio; o cuando haya omitido resolver todos los puntos de la Litis.

La causal invocada contiene tres vicios de congruencia o consonancia que dicen relación a las

pretensiones de la demanda y a las excepciones opuestas por los demandados, respecto de las cuales se ha trabado la Litis; vicios denominados: a) *Ultra petita* que ocurre cuando el juzgador, ha resuelto conceder más de lo pretendido; b) *Extra Petita*, vicio que está presente en la decisión judicial cuando el Juez resuelve conceder algo que no ha sido requerido por las partes y respecto de cuestiones respecto de las cuales no se ha trabado la controversia judicial; y, c) *Citra petita*, vicio que se presenta cuando el juzgador, en el fallo del que se recurre, concede menos de lo requerido por las partes en el juicio de instancia (mínima petita) o cuando se deja de resolver alguno de los puntos referidos en la demanda o en las excepciones opuestas (*infra petita*) (Cardoso Isaza, Jorge, ^a *Manual Práctico de Casación Civil*, Edt. Temis, Bogotá-Colombia, (1984), p. 83).

De manera que, siendo el recurso de casación un medio procesal que se caracteriza por ser extraordinario; ya que no se trata de un recurso común establecidos en los juicios de instancia y además, por cuanto, tiene como finalidad el control de la legalidad del auto o sentencia que hayan sido recurridos, siendo parte del denominado control jurisdiccional de la legalidad. Recurso que asimismo es de estricta formalidad, lo cual obliga a quienes lo utilizan a ceñirse estrictamente no solo a las causales, vicios o modos de infracción que taxativamente constan en la Ley, sino que asimismo les corresponde formular correctamente la fundamentación del recurso, en función de la causal, vicio o modo de infracción; razón que obliga a que esa fundamentación sea de formulación completa, es decir, sin omitir aquellos elementos que deben ser conocidos por el Juez de casación, quien no puede, por efecto del principio dispositivo, emitir pronunciamientos de oficio supliendo las falencias en la fundamentación de fondo del manifiesto que contiene el recurso. Es por estas mismas razones que el legislador ha establecido pasos procesales para tamizar su procedibilidad, como son, la calificación, la admisibilidad (que se pronuncia sobre las formalidades del recurso) y, la fase del pronunciamiento respecto al fondo de su procedencia, tarea, esta última que le corresponde, en el caso, a esta Sala.

En este orden de ideas, es claro que esta causal exige por su propia naturaleza, a fin de determinar la existencia de la incongruencia denunciada, que se refiere al vicio de *citra petita* en el modo de *infra petita* pues se denuncia que la sentencia atacada dejó de pronunciarse sobre las señaladas excepciones; razón determinante para que el recurrente precise qué normas jurídicas han sido infringidas; exigencia que es cumplida en el recurso, pues si bien no transcribe las disposiciones legales, estas refieren la obligación judicial de que en la sentencia han de decidirse solamente los puntos materia de la controversia; es decir, las pretensiones de la parte actora, las excepciones planteadas por la parte demandada y de ser el caso, los incidentes que se hayan generado en el trámite de la causa.

Sin embargo, el recurso analizado, no explica cuál fue la pretensión concreta del actor en su demanda; se limita a señalar una excepción propuesta por la recurrente y su desacuerdo con el fallo emitido, refiriendo para ello el artículo 30 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,

disposición que se refiere que en el manifiesto inicial el accionante de un recurso contencioso administrativo está obligado a designar, esto es a establecer la autoridad, funcionario o empleado público que ha emitido el acto administrativo; lo cual no significa que el emisor de la decisión de la que se recurre deba ser el demandado; pues los entes públicos, por ser personas relativamente incapaces están impedidos de representarse por si mismas, requiriendo el auxilio de las personas físicas; las que están encargadas de cumplir los deberes y responsabilidades que al órgano público les ha asignado la Constitución y la Ley.

En el caso de los GADs Municipales la representación legal le corresponde al Alcalde y la judicial junto al Procurador Síndico; representaciones que deben justificarse cuando actúan como actores o como demandados en los correspondientes procesos judiciales. Los sujetos pasivos en el proceso contencioso administrativo están determinados en el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en concordancia con su artículo 29. Debiendo establecerse que el artículo 30 letra b) de la misma ley, establece como obligación la de señalar en la demanda la individualización del demandado y el lugar en el que ha de ser citado. La referencia que esa norma trae sobre la indicación de la autoridad de la que emanó el acto administrativo, corresponde a una exigencia distinta que se orienta sustancialmente a la individualización del acto administrativo y a la determinación de la persona a cuyo poder se encuentra el expediente administrativo, que debe ser agregado al escrito de contestación a la demanda.

Por consecuencia de lo anteriormente expuesto, y por cuanto la fundamentación del recurso es absolutamente deficiente, su improcedencia resulta evidente.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loja, consecuentemente **NO CASA** la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe, el 9 de septiembre de 2015, las 18h12. Actúe como secretaria relatora la Dra. Nadia Armijos Cárdenas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL



RESOLUCION No. 696-2021



157672495-DFE

Juicio No. 17811-2018-00206

JUEZ PONENTE: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 3 de septiembre del 2021, las 15h18. **VISTOS.-** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

i. Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, de 29 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.-

ii. Mediante Resolución No. 02-2021, de 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.-

iii. Patricio Adolfo Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional.-

iv. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.-

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha jueves 24 de junio de 2021, a las 16h40, constante a fojas 25 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa

se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido, en calidad de ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.-

vi. Con auto de sustanciación de fecha viernes 9 de julio de 2021, las 16h02 se convocó para el día viernes 20 de agosto de 2021, a las 09h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

vii. En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron, por una parte, el Servicio de Rentas Internas, a través de su procurador judicial y la señora María Lorena Ortiz Urgilés, a través de su defensa técnica. Luego de escuchar a las partes procesales, esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se rechaza el recurso de casación interpuesto, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos que se exponen a continuación:

I.-

ANTECEDENTES

1.1. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha (en adelante **TDCA**° o **Tribunal de instancia**°, indistintamente), expidió la sentencia **con fecha jueves 18 de abril del 2019, las 11h54**, dentro de la causa signada con el No. 17811-2018-00206 , promovido por la señora María Lorena Ortiz Urgilés en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas (en adelante, **SRI**° o **entidad casacionista**°, indistintamente), y del Procurador General del Estado en la cual se resolvió: *DECISIÓN.- Por lo expuesto y sin que sea menester otras consideración, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA, resuelve aceptar la demanda planteada por la señora MARIA LORENA ORTIZ URGILES, y declara la nulidad de la Acción de Personal No. APA-1-69-1110 de 6 de octubre de 2017; y en consecuencia, visto el tiempo transcurrido, se ordena al Servicio de Rentas Internas, el reintegro a la actora al puesto del que fue separada, por el tiempo que dure la comisión de servicios concedida al señor Álvarez Ramirez Jorge David, de acuerdo con la ley o se cumpla el plazo previsto en la acción de personal mencionada, para lo cual se le concede el término de quince días; debiendo adicionalmente, pagar a la recurrente todas las remuneraciones dejadas de percibir desde que se produjo su remoción hasta su efectivo reintegro al cargo, con los correspondientes intereses, durante*

el tiempo que duro el proceso judicial, valores a los cuales deberá imputarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho período; para lo cual se le concede treinta días que se contarán desde la fecha en que se produzca tal reincorporación, conforme ordena el literal h) del artículo 23 y artículo 46 de la Ley Orgánica del Servicio Público. En caso de que el servidor Álvarez Ramirez Jorge David, haya retornado a la institución, la actora tiene derecho al pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo su remoción hasta la fecha de reintegro del funcionario mencionado, con los correspondientes intereses, valores a los cuales deberá descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho período; en el mismo término indicado anteriormente. Sin costas ni honorarios profesionales que regular. NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.-º

1.2 Con fecha 24 de abril de 2019, a las 11h49, presentó un recurso de aclaración de la sentencia antes indicada, que fue atendido por el TDCA, mediante auto de martes 7 de mayo de 2019, las 10h04.

1.3 Con fecha viernes 17 de mayo de 2019, a las 08h54, el SRI interpuso recurso de casación en contra de la sentencia ya indicada y del auto que negó el recurso de aclaración.

1.4 Con fecha lunes 21 de septiembre de 2020, las 15h25, la doctora Hiapatía Susana Ortiz Vargas, Conjueza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso de casación por la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

II.-

ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1 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 (en adelante **ª COFJº**); y, artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante **ª COGEPº**)

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la **sentencia dictada con fecha jueves 18 de abril del 2019, las 11h54** por el TDCA ha incurrido en el yerro acusado por el **casacionista**; esto es, **la causal quinta del artículo del artículo 268 del COGEP** que refiere a: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

2.3 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, todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).

2.4 También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca; es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una

serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. (Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).

III.-

ANÁLISIS DE LA CAUSAL QUINTA DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP EN CUANTO SE REFIERE A LA APLICACIÓN INDEBIDA Y FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS

3.1 Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos que consiste en: ^a 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.^o Al respecto, esta causal se refiere a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error in iudicando in jure, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por ^a falta de aplicación^o, es decir, se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión o por ^a aplicación indebida^o de las normas, cuando ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por ^a errónea interpretación^o, cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y, por tanto, la sentencia debe ser casada, porque declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en ^a un error de existencia^o; la aplicación indebida entraña ^a un error de selección^o y, la errónea interpretación equivale a ^a un error del verdadero sentido de la norma^o.

3.2 La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la *ex* Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No.

192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicada en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *“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.”*

3.3 En este orden de ideas, Santiago Andrade Ubidía, en su obra *“La Casación Civil en el Ecuador”*, señala que: *“En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque no se ha aplicado la que corresponda o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo”* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 182).

3.4 En el memorial de casación, la entidad casacionista, con respecto a la indebida aplicación del literal l) del numeral 7 de la Constitución de la República plantea el siguiente argumento: *“En la causa No. 17811-2018-00206 se impugnó la acción de personal No. APA-1-69-1110 de 06 de octubre de 2017. En primera instancia, la sentencia debió analizar si dicha acción de personal correspondía a los casos de aplicación de la normal del literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, es decir, si la acción de personal No. APA-1-69-1110 de 06 de octubre de 2017 se trata de un acto administrativo, una resolución o un fallo. Por su naturaleza y forma, la acción de personal No. APA-1-69-1110 de 06 de octubre de 2017 no es una resolución de la administración, ni un fallo del poder judicial. Resta analizar si la acción de personal tiene carácter de acto administrativo.”*

3.5 Para justificar este argumento, la entidad casacionista cita el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo que define el acto administrativo y más adelante invoca los artículos 19 y 21 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público para referirse a la naturaleza jurídica de la acción de personal, a saber:

“[Art. 19.-](#) Los nombramientos y contratos de servicios ocasionales deberán registrarse en la UATH de conformidad con lo que establece el artículo 18 de la LOSEP en registros separados a través de la asignación de un código de identificación, con la fecha, sello

institucional, constancia del registro y firma del responsable de la UATH, de acuerdo con cada ejercicio fiscal.

Todo nombramiento se registrará en una acción de personal, conforme al formulario establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales^{1/4}.

Art. 21.- Los movimientos de personal referentes a ingresos, reingresos, restituciones o reintegro, ascensos, traslados, traspasos, cambios administrativos, intercambios voluntarios, licencias y comisiones con o sin remuneración, sanciones, incrementos de remuneraciones, subrogaciones o encargos, cesación de funciones, destituciones, vacaciones, revisiones a la clasificación de puestos y demás actos relativos a la administración del talento humano y remuneraciones de la institución, se lo efectuará en el formulario "Acción de Personal", establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales, suscrita por la autoridad nominadora o su delegado y el servidor y se registrarán en la UATH o en la unidad que hiciere sus veces y en el Sistema Integrado de Información del Talento Humano y Remuneraciones administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

3.6 Bajo esta argumentación, el SRI señala que: *“En consecuencia, la acción de personal, por su carácter de formulario de registro, y su calidad de bilateral, al ser suscrito por la autoridad nominadora y el administrado, no reúne los requisitos necesarios para ser un acto administrativo, susceptible de impugnación. Por lo tanto, si bien la norma del literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, sobre el deber de motivación ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, ha sido utilizada para un caso no contemplado en la misma, pues la acción de personal no es una resolución, ni un fallo, ni un acto administrativo, como se ha evidenciado en este apartado.”*

3.7 Por otra parte, la entidad casacionista sostiene que en la sentencia cuestionada se observa una falta de aplicación del artículo 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante **LOSEP**) vinculada con el literal h) del artículo 83 de la misma ley, que, a la letra, señalan:

“Art. 85.- Servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción.- Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza.”

“Art. 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

h) Las o los servidores de libre nombramiento y remoción, y de nombramiento provisional;°

3.8 La entidad casacionista, después de citar estas normas y para sostener su alegación, presenta el siguiente argumento: *“Las normas del artículo 85 y literal h) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establecen la facultad de la autoridad nominadora de **remover libremente**, entre otros, a cualquier servidor que cuente con **nombramiento provisional**. El Tribunal Distrital no considera, en primer lugar, que las normas invocadas de la Ley Orgánica del Servicio Público son de rango legal, jerárquicamente superiores a la norma invocada en la sentencia, que son de rango reglamentario. Nótese que incluso la sentencia le da el carácter de norma legal al artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. El Reglamento General no se contraponen a normas del artículo 85 y del literal h) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las complementa. En ese sentido, en primera instancia debieron aplicarse dichas normas, que precisamente establecen la **libre remoción de servidores con nombramiento provisional**. Sin embargo, el Tribunal Distrital yerra en su sentencia al suponer que los únicos casos de remoción son aquellos establecidos en el artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.”*

3.9 Por su parte, el TDCA, en su sentencia, realiza la siguiente argumentación: *“De esta forma, el Tribunal determina que la hoy accionante ocupaba el cargo de Especialista Jurídica, con nombramiento provisional por reemplazo, ocupando de esta forma, el nombramiento o vacante del señor Álvarez Ramirez Jorge David, a quien le fue concedida una comisión de servicios sin remuneración por el periodo de 1 de julio de 2017 hasta el 30 de junio de 2019. Por tanto, la Acción de Personal No. 1-133-1223, que ampara la relación laboral de la hoy actora, se suscribió como bien, consta en su texto, bajo el amparo de las normas citadas, esto es un nombramiento provisional para ocupar el puesto de un servidor que se encontraba en comisión de servicios sin remuneración, por el tiempo determinado en la comisión concedida. En este contexto, si la autoridad pública decidió dar por terminado el nombramiento provisional otorgado, debió sujetarse a lo establecido en el artículo 105 del Reglamento de la LOSEP, que indica: “Art. 105.- Cesación de funciones por remoción.- En los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el artículo 47, letra e) de la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente: 1.- Cesación de funciones por remoción de funcionarios según lo previsto en la letra b) del artículo 17 de la LOSEP.- En el caso de los nombramientos provisionales, determinados en la letra b del artículo 17 de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados, de existir, o cuando se produzca el evento que ocasionare el retorno del titular del puesto; o, tratándose de período de prueba, en caso de que no se hubiere superado la evaluación respectiva° . Esta norma*

legal, determina claramente en qué casos se puede cesar por remoción a los funcionarios comprendidos en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP, en cuyo caso, se indican varios presupuestos, el primer de ellos, siempre y cuando haya concluido el periodo de temporalidad para los cuales fueron nombrados tales funcionarios, de existir; el segundo, cuando se produzca el retorno del titular del puesto, y en tercer lugar, si se trata de un periodo de prueba, en caso de que no supere la evaluación respectiva. Como se evidencia, en el caso sub judice, no existe la concurrencia de ninguno de los presupuestos establecidos, puesto que como se manifestó, el funcionario Jorge David Álvarez Ramirez, a la fecha de emisión de la Acción de Personal de remoción, esto es, 6 de octubre de 2017, no había concluido el periodo de la comisión de servicios concedida, que conforme consta a fojas 63 de autos, era el 30 de junio de 2019, tampoco se ha demostrado que el funcionario mencionado haya retornado a su labor en la Institución, y peor aún, que se trate de un periodo de prueba. En este caso, en particular, la autoridad pública obró en pleno desconocimiento e inobservancia de la normativa legal referida, vulnerando gravemente los derechos subjetivos de la hoy actora, puesto que sino concurrían ninguno de los presupuestos señalados en el artículo 105 del Reglamento a la LOSEP, la propia normativa establece otros remedios jurídicos, como la lesividad, para declarar la nulidad del Acto Administrativo, que en criterio de la autoridad demandada, habrían sido expedido con evidentes errores, y que por tanto, se debía dar por terminada la relación laboral, al haberse emitido un nombramiento provisional a quien no era parte de la Institución. El Tribunal concluye que en el presente caso, procede la alegación de falta de motivación del acto administrativo impugnado, ya que el mismo ha sido emitido en ausencia de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustenten la desvinculación de la hoy accionante, en los términos indicados, lo cual genera la nulidad del mismo, que procede a declarar el Tribunal.º

3.10 Tanto en el memorial de casación como en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el SRI ha sostenido que la Acción de Personal No. APA 1-69-1110 de 6 de octubre de 2017, notificado el 16 de octubre del mismo año no constituye un acto administrativo; y, en consecuencia, la administración pública no está en la obligación de motivar dicha acción, en los términos señalado en el numeral 7 letra l) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.11 Para resolver esta cuestión, esta Sala Especializada se plantea la siguiente interrogante: **¿La Acción de Personal No. APA 1-69-1110 de 6 de octubre de 2017, notificada el 16 de octubre del mismo año, mediante la cual se cesa a la abogada María Lorena Ortiz Urgilés es un acto administrativo?**

3.12 La doctrina nacional y extranjera es coincidente en cuanto se refiere a la definición de acto administrativo. Según Ricardo Rivera Ortega y Víctor Granda Aguilar, el acto administrativo es la: *“declaración de voluntad formal de la Administración, sin carácter normativo, en ejercicio de*

potestades.° (Rivera R. y Granda V. Derecho Administrativo. Corporación Editorial Nacional. 2017. Pag. 157) Por su parte, el tratadista argentino Agustín Gordillo define al acto administrativo como: *“es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa.”* (Gordillo A. Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo. - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. Pag. 218) A su vez, Vicente Escuin Palop, en su obra *“Elementos del Derecho Público”* recoge las siguientes definiciones del acto administrativo, de la siguiente manera: *“La primera tesis es seguida en nuestra doctrina por BOQUERA OLIVER, quien considera el acto administrativo como una resolución autónoma que crea e impone por sí misma de forma directa y unilateral consecuencias jurídicas, y GALLEGOS ANABITARTE, que lo define como «resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictad por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios públicos»* (Escuin. V. Elementos de Derecho Público. Editorial Tecnos. 2014. Pag. 170-171). Cabe destacar también la definición que Ramón Parada, en su obra de Derecho Administrativo I, hace del acto administrativo: *“como resolución unilateral de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos y privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”* (Parada R. Derecho Administrativo I. Marcial Pons. 2012. Pág. 97) Finalmente, cabe recoger la definición de acto administrativo que estaba prevista en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a saber: *“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”*, y, ahora la contenida en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo: *“Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”*

3.13 En este sentido, podemos decir que el acto administrativo es la manifestación de la voluntad administrativa de carácter unilateral, contenida generalmente en una resolución, que produce efectos jurídicos individuales, de forma directa.

3.14 En el caso *in examine*, esta Sala Especializada considera importante analizar si los elementos que configuran un acto administrativo señalados por la ley y por la doctrina constan en la Acción de Personal No. APA 1-69-1110 de 6 de octubre de 2017, notificada el 16 de octubre del mismo año.

3.14.1 Declaración unilateral de voluntad: Este elemento del acto administrativo cuenta con tres componentes. En primer lugar, es una declaración. En palabras de Patricio Secaira Durango: *“Es la manifestación expresa de la decisión administrativa; por medio de ella se explica la opinión, la intención que sobre determinado asunto toma la administración pública. La declaración formaliza el parecer administrativo”*^{1/4} (Secaira. P. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Universitaria. 2004. Pag. 180). En segundo lugar, es unilateral, puesto que, solo el sujeto activo del procedimiento, en este caso la administración pública, tiene la capacidad decisoria. En palabras de Efraín Pérez: *“El concepto de unilateralidad asume que para la manifestación de la voluntad administrativa y la obligatoriedad del cumplimiento del acto respectivo, basta el pronunciamiento del órgano competente, debidamente notificado, sin que se requiera la integración de la voluntad del receptor del acto, cuya aceptación o rechazo es indiferente para la validez del acto administrativo.”* (Pérez. E. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2019. Pag. 54) Y, por último, el tercer componente es la voluntad que implica el ánimo de la administración pública para hacer algo. En el caso que nos ocupa, podemos concluir que la Acción de Personal No. APA 1-69-1110 de 6 de octubre de 2017 es una exteriorización de la voluntad del Servicio de Rentas Internas, representado, en este caso, por la Directora Nacional de Talento Humano y el Jefe Nacional de Departamento de Gestión de Talento Humano, con la cual se decide la situación jurídica de la señora abogada María Lorena Ortiz Urgilés, esto es la terminación del nombramiento provisional; y, cuya resolución, para generar efectos jurídicos, no requirió de la aceptación o rechazo de la señora Ortiz Urgilés.

3.14.2 Efectuada en ejercicio de la función administrativa: En cuanto se refiere a este elemento, Secaira Durango manifiesta que: *“Los actos administrativos solo son factibles de ser expedidos por las personas naturales en ejercicio de la titularidad de un cargo público; esto es ejerciendo una función administrativa. La decisión administrativa tiene fuerza jurídica por cuanto se sustenta en las competencias legales señaladas para el órgano público”* (Secaira. P. Op. cit. Pag. 55 Pag. 180). En el caso que nos ocupa, en efecto, esta acción de personal fue expedida por la Directora Nacional de Talento Humano y el Jefe Nacional de Departamento de Gestión de Talento Humano en el ejercicio de la función administrativa, otorgada por la ley.

3.14.3 Que produce efectos jurídicos individuales o generales: Con respecto a este elemento, según Efraín Pérez: *“Para que exista un verdadero acto administrativo se requiere que este influya, confirme o modifique el orden jurídico y especialmente los deberes y derechos subjetivos del particular”* (Pérez. E. Op. cit. Pag. 55) En el presente caso, la destinataria de la acción de personal en

cuestión es la abogada María Lorena Ortiz Urgilés, a quien se le cesó en sus funciones como especialista jurídico SPU8 Grado 14 en el Departamento de Normativa de la Dirección Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas.

3.14.4 De forma directa: Desde el punto de vista de Patricio Secaira Durango: *“Los actos administrativos tienen la característica de ser ejecutorios; es decir, la administración emisora de la decisión tiene la capacidad de hacerla cumplir inmediatamente, siempre y cuando hayan sido publicitados en forma legal, mediante la notificación respectiva al administrado a quien va dirigida la administración.”* (Secaira. P. Op. cit. Pag. 181). Por otra parte, para que el acto administrativo produzca los efectos jurídicos de forma directa no requiere de un acto administrativo posterior. En el caso *sub judice*, podemos observar que la acción de personal ya mencionada se cumplió inmediatamente, puesto que la señora Ortiz Urgilés no pudo registrar su asistencia cuando ingresó a la institución, no tuvo acceso a la clave de acceso del computador, no pudo revisar el correo institucional asignado a ella y se le dispuso que debía realizar los trámites de ley para la entrega de su puesto, todo esto en virtud de la decisión contenida en la acción de personal.

3.15 Con base en las normas jurídicas, en la doctrina citada y de los elementos propios del caso, esta Sala Especializada concluye que la Acción de Personal No. APA 1-69-1110 de 6 de octubre de 2017 es un acto administrativo; y, en consecuencia el SRI debió cumplir con su obligación de motivar su decisión, de conformidad con el numeral 7 letra l) del artículo 76 de la Constitución de la República.

3.16 En función de esta argumentación y de la motivación contenida en los apartados anteriores, esta Sala Especializada considera que el TDCA aplicó, de manera adecuada, el numeral 7 letra l) del artículo 76 de la Constitución de la República; y, en consecuencia rechaza el recurso de casación por este extremo.

3.17 Por otra parte, el SRI alegó **falta de aplicación** de la norma contenida en el artículo 85 de la LOSEP, vinculada con el literal h) del artículo 83 de la misma ley. Según Luis Cueva Carrión en su obra La Casación en materia civil, señala que: *“Falta de aplicación significa: no aplicar la ley, por ignorancia de sus existencia o porque, deliberadamente, se la ignora. Es no emplearla ni utilizarla en la solución de un caso jurídico pese a que existe y es aplicable año caso en cuestión.”* (Cueva. L. La

Casación en materia civil. Ediciones Cueva Carrión. Quito. 2011. Pag. 238)

3.18 Por su parte, en la sentencia de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia de 16 de mayo de 2011 en el juicio No. 476-2010-MAS se indica que: *“El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir, que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma.”*

3.19 En el caso *in examine*, el TDCA señala los siguientes hechos como base de su decisión: *“¼ la hoy accionante ocupaba en el cargo de Especialista Jurídica, con nombramiento provisional por reemplazo, ocupando de esta forma, el nombramiento o vacante del señor Álvarez Ramirez Jorge David, a quien le fue concedida una comisión de servicios sin remuneración por el periodo de 1 de julio de 2017 hasta el 30 de junio de 2019. Por tanto, la Acción de Personal No. 1-133-1223, que ampara la relación laboral de la hoy actora, se suscribió como bien, consta en su texto, bajo el amparo de las normas citadas, esto es un nombramiento provisional para ocupar el puesto de un servidor que se encontraba en comisión de servicios sin remuneración, por el tiempo determinado en la comisión concedida.”* En la línea de lo indicado por Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia y por la doctrina, si SRI decidió dar por terminado el nombramiento provisional otorgado a la señora Ortiz Urgilés, debió, para este efecto, sujetar su decisión en las normas jurídicas pertinentes.

3.20 Según la entidad casacionista, las normas jurídicas que amparan la decisión contenida en la acción de personal impugnadas son aquellas que están contenidas en los artículos 85 y 83.h) de la LOSEP. La primera norma plantea la facultad que tienen las autoridades nominadoras de las entidades públicas que forman parte del sector público para designar y remover a aquellos servidores y servidoras públicos que son de libre nombramiento y remoción, es decir, a los funcionarios públicos que no gozan de estabilidad en sus puestos de trabajo; y, entre ellos, encontramos a los servidores públicos a quienes se les ha extendido un nombramiento provisional, como en el caso de la señora Ortiz Urgilés.

3.21 Ahora bien, la facultad que la ley reconoce a la autoridad nominadora para designar y remover libremente a ciertos servidores públicos no debe entenderse como una habilitación sin límites, puesto que su ejercicio podría resultar arbitrario. Con la finalidad de evitar un posible uso inadecuado de esta facultad y en aras de respetar los derechos de los servidores y servidoras públicos, el artículo 105 del

RGLOSEP determina los supuestos en los que opera la cesación de funciones de aquellos servidores o servidoras públicos con nombramiento provisional. Dicha norma, al momento de ocurrir estos hechos, señalaba, en lo pertinente, lo siguiente:

a (1/4) En el caso de los nombramientos provisionales, determinados en el artículo 17 literal b) de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados; tratándose de período de prueba terminará en caso de que no hubiere superado la evaluación respectiva.º

3.22 En el caso *in examine* y, tal como lo advirtió el TDCA, no existe la concurrencia de ninguno de los presupuestos establecidos en dicha norma, puesto que, la señora Ortiz Urgilés, con nombramiento provisional, reemplazó al señor Alvarez Ramírez Jorge David, quien se encontraba en comisión de servicios y esta no había concluido aún y no se trata de un periodo de prueba.

3.23 En este orden de ideas, esta Sala Especializada observa que la falta de aplicación de los artículos 85 y 83 h) de la LOSEP no resulta determinante en la parte de dispositiva de la sentencia cuestionada, puesto que, si bien es cierto la LOSEP faculta a las autoridades nominadoras a designar y remover libremente a ciertos servidores y servidoras públicos, no es menos cierto que esa decisión solo se podrá tomar cuando dichos servidores públicos se encuentran en los supuestos establecidos en el artículo 105 del RGLOSEP.

3.24 En función de esta argumentación y de la motivación contenida en los apartados anteriores, esta Sala Especializada considera que no existe falta de aplicación de los artículos 85 y 83 h) del RGLOSEP en la sentencia recurrida; y, en consecuencia, rechaza el recurso de casación por este extremo.

IV.-

DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta 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 Servicio de Rentas Internas en contra de la sentencia con fecha jueves 18 de abril del 2019, las 11h54; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha dentro del

juicio No. 17811-2018-00206.- Sin costas ni honorarios que regular.- 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.-

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL



Juicio No. 09801-2012-0348

RESOLUCION No. 708-2021



157668384-DFE

**JUEZ PONENTE: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ, JUEZ NACIONAL
(PONENTE)**

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 3 de septiembre del 2021, las 14h59. **VISTOS:** Avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

- i. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional.
- ii. Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero del 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, 29 de enero de 2021; el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.
- iii. Mediante Resolución No. 02-2021 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Velásquez Díaz, Fabián Racines Garrido, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.
- iv. Conforme el acta de sorteo realizado el día 2 de junio del 2021, constante a foja 11 del expediente, el tribunal competente para conocer este recurso de casación se encuentra conformado por los jueces nacionales: Milton Velásquez Díaz en calidad de ponente, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido.

v. En virtud de las consideraciones antes expuestas, el tribunal que suscribe la presente causa tiene potestad jurisdiccional y competencia para resolver el presente recurso acorde al numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y del artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, y siendo el estado de la causa el de resolver, se considera:

I Antecedentes

1.1 El 26 de abril del 2012, DURAGAS S.A., presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva en contra del Ministro de Recurso Naturales No Renovables (hoy Ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables), Director Nacional de Hidrocarburos (hoy Agencia Nacional de Regulación y Control Hidrocarbúfero) y del Procurador General del Estado. En su demanda impugnó la Resolución de 14 de agosto del 2008, emitida por el Director Nacional de Hidrocarburos, y la Resolución de 21 de diciembre del 2011, emitido por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables. Como pretensión solicitó la declaración de la ilegalidad de los actos administrativos previamente determinados y, en consecuencia, dejar sin efecto las sanciones impuestas. El conocimiento de dicha causa le correspondió al Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.

1.2 El 9 de abril del 2019, las 12h03, el referido tribunal decidió rechazar la demanda propuesta por DURAGAS S.A., confirmando la legalidad de los actos administrativos impugnados. Mediante escrito de 12 de abril del 2019, el demandante solicitó aclaración y ampliación de la sentencia, misma que fue negada con fecha 30 de abril del 2019.

1.3 Con escrito de 7 de mayo del 2019, 08h10, DURAGAS S.A. presentó recurso de casación contra la sentencia, apoyándose en las causales primera, cuarta y quinta de la Ley de Casación.

1.4 Mediante auto de 9 de mayo del 2019, las 09h56, el tribunal calificó de oportuno el recurso y dispuso que el expediente se eleve a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.5 Con auto de fecha 27 de enero del 2021, las 09h11, el Conjuez Nacional Miguel Ángel Bossano Rivadeneira, dispuso la admisión del recurso de casación respecto la causal primera, por falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE y respecto la causal cuarta, por vicio *citra petita*.

II Validez procesal

2.1 Al presente recurso se le ha dado el trámite previsto por la ley de la materia. No se observa del expediente circunstancia alguna que pueda afectar la validez procesal. En consecuencia, se declara la validez del mismo.

III Consideraciones de este tribunal

3.1 De los argumentos expuestos dentro del recurso de casación interpuesto se considera que las causales invocadas y admitidas son las contenidas en el numeral primero y cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE y por el vicio de incongruencia: *citra petita*.

a. Argumentos de la recurrente

3.2 El recurrente ha alegado que en la sentencia existió un vicio de incongruencia, por cuanto el tribunal de instancia omitió resolver todos los puntos de la litis. En este orden, el accionante sostiene que el tribunal *a quo* no resolvió en su sentencia respecto la prescripción de la acción, pretensión que fue solicitada oportunamente por medio del acto de proposición.

3.3 De igual forma, sostiene que por consecuencia del vicio de incongruencia, ocurrió además, una falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE, mismo que se refiere a la prescripción de las

infracciones y sanciones administrativas.

b. Análisis de la causal contenida en el numeral cuarto de la Ley de Casación por cuanto se resolvió en la sentencia aquello que no fue materia del litigio o se omitió resolver en ella todos los puntos de la litis.

3.4 La incongruencia, según la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, es un error *in procedendo*, que puede ocurrir en tres situaciones: i. cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); ii. cuando se otorga algo diferente a lo solicitado (*extra petita*); y, iii. cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

3.5 En este orden, cuando se analiza este cargo casacional, el tribunal deberá observar la ^a *inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones previas*^o [Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005) 147].

3.6 Criterio similar ha sido el de nuestra jurisprudencia cuando ha señalado que:

^a [E]l Tribunal de Casación ha de realizar el cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas, para de allí concluir si el fallo casado se halla conforme con tal contenido o si, por el contrario, hay incongruencia^o [Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 31 de enero del 2001. R.O. No. 289. 21/marzo/2001, pág. 38].

3.7 En el presente caso, el recurrente ha optado por el vicio de *citra petita*, que según el tratadista Jorge Cardozo, acaece cuando ^a *se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones*^o [Jorge Cardozo, *Manual Práctico de Casación Civil* (Bogotá: Temis, 1984) 84]. En tal medida, esta Sala procede al análisis del contenido de la demanda propuesta por DURAGAS S.A. y el contenido de la sentencia emitida por el tribunal de instancia, en orden de

establecer si en la especie el tribunal ha incurrido en el vicio acusado.

3.8 El recurrente indica que *“los jueces omitieron pronunciarse sobre [la] alegación expresa de prescripción de la facultad sancionadora de la administración”*, misma que fue solicitada en el escrito de la demanda presentada por DURAGAS S.A.

3.9 Del acto de proposición, se observa que el accionante alega la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración.

3.10 Por otro lado, la sentencia recurrida fundamenta la negativa respecto la prescripción bajo los siguientes argumentos:

“Respecto a la prescripción de la acción y caducidad del procedimiento sancionador, el actor señala en su demanda que la acción para el juzgamiento habría prescrito a los treinta días del supuesto cometimiento, fundamentándose para ello en el artículo 617 del Código Penal, vigente a esa época; para sustentar la prescripción de la acción, el actor señala que el acta de inspección es de fecha 5 de septiembre de 2005, por lo que la acción para el juzgamiento, habría prescrito el 5 de octubre del mismo año; alega la prescripción de la acción y no de la infracción; bajo estas circunstancias, es necesario indicar que en derecho administrativo, no se puede hablar de prescripción, sino de caducidad, más aun en asuntos concernientes a la potestad sancionadora de la administración” [Considerando SÉPTIMO de la sentencia, juicio No. 09801-2012-0348]

3.11 Lo previamente aducido permite constatar que sí existió un pronunciamiento respecto de la prescripción de la acción, en el sentido de que en el ámbito administrativo, solo cabe hablar de caducidad y no de prescripción, razón por lo cual, se niega dicha pretensión. En relación con la argumentación del tribunal *a quo*, si bien este no se refirió exhaustivamente respecto la prescripción, la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de febrero de 1997, señaló acertadamente que: *“[d]iminuto, cuanto no incongruente, es el acto decisorio que en su parte motiva no examina con la debida extensión y exhaustividad las cuestiones que el demandado ha formulado en sus defensas”*

[Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de febrero del 1997. R.O. No. 101.4/julio/1997, pág. 15].

3.13 En relación con ello, es preciso señalar que la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto el vicio *citra petita*, no permite al tribunal de casación analizar el correcto o incorrecto fundamento de la sentencia, en cuanto a las pretensiones y excepciones; sino únicamente que estas hayan sido o no resueltas.

3.14 Al mismo tiempo, cuando el recurrente alega el vicio de incongruencia *citra petita*, no puede pretender fundamentar su recurso en la negativa de su pretensión o excepción, debido a que este vicio se produce cuando se deja de resolver un punto de derecho y no, cuando precisamente, se resuelve; como ha sucedido en el caso concreto.

3.15 Por consiguiente, esta Sala considera que no ha existido el vicio de incongruencia (*citra petita*) invocado por el recurrente en su recurso de casación, toda vez que los puntos trabados fueron resueltos por el tribunal *a quo* en su sentencia.

c. Análisis de la causal contenida en el numeral primero de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE.

3.16 La causal invocada en el caso concreto se refiere a la violación directa de la ley y puede ocurrir en 3 supuestos. A este respecto, alguna jurisprudencia y doctrina han señalado lo siguiente:

i) Falta de aplicación: Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

ii) Aplicación indebida: Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido.

iii) *Errónea interpretación*: Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

[Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 323, juicio No. 89-99, 31 de agosto de 2000; No. 299, juicio No. 168-200, 19 de junio de 2001; No. 317, juicio No. 190-200, 31 de agosto de 2000. En el mismo sentido, véase: Manuel De La Plaza, *La Casación Civil*. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218]

3.17 No obstante, es preciso señalar que no es suficiente alegar uno de estos vicios de error en la sentencia, sino que es necesario que, cuando se fundamente el recurso de casación, se indique la norma precisa e inequívoca que ha sido violada; pero no solo esta, sino todas las que integran la proposición jurídica completa [Prieto Zenón, *Casación Civil* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1983) 71].

3.18 Sobre este particular, se debe recordar que toda norma jurídica, estructuralmente, contiene dos partes: i. una hipótesis y ii. una consecuencia jurídica; y cuando en una norma no se encuentran estas dos partes, esta se encuentra incompleta y debe ser completada -por el recurrente y en su momento oportuno- con otra norma o normas, de modo que se obtenga una proposición jurídica completa. [Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005) 199]

3.19 Bajo estas consideraciones, de acuerdo con la extinta Corte Suprema de Justicia, la proposición jurídica completa ocurre cuando en la sentencia se regula una situación que emana de varias normas sustanciales y no solo de una, por lo cual, el derecho tutelado se encuentra en la combinación de diversos preceptos jurídicos, los cuales deben ser invocados como violentados. [Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 384 de 26 de septiembre del 2000, juicio No. 107-99. R.O. 205 de 16 de noviembre del 2000]

3.20 De acuerdo con lo expuesto, corresponde a esta Sala analizar si en la especie, el recurrente ha

señalado la proposición jurídica completa, de modo que pueda prosperar la causal invocada.

3.21 En la fundamentación del recurso, en el considerando 2., el recurrente señala como infringidas las siguientes normas sustantivas: artículos 82, 76.2 y 76.7 literal l) de la Constitución del Ecuador y artículo 197 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). Se advierte que del auto de admisión del recurso, solo se aceptó la falta de aplicación del artículo 197 del ERJAFE, sin constatarse el señalamiento de otras normas infringidas.

3.22 La fundamentación del accionante se refiere a que el artículo 197 del ERJAFE establece que las infracciones, así como las sanciones administrativas, se encuentran sujetas a plazos de prescripción. En consecuencia, de haberse aplicado la mencionada disposición, la facultad sancionadora de la administración habría prescrito.

3.23 Sobre este particular, si bien es cierto que el artículo 197 del ERJAFE dispone textualmente que las infracciones y sanciones prescribirán, no es menos cierto que el mismo artículo realiza una remisión expresa a otras leyes, para que regulen la prescripción en cada caso.

3.24 Bajo este escenario, se advierte que el enunciado del artículo 197 del ERJAFE resulta ser meramente enunciativo de la garantía de la prescripción en procesos administrativos. En razón de ello, la denuncia de la falta de aplicación del artículo en mención, necesariamente requirió invocar las normas de derecho que completan dicha proposición jurídica. Esto quiere decir que, la transgresión de una norma que indica la prescripción enunciativamente, requiere la exposición de las normas que prevén el modo -en caso de haberlo- y el tiempo requerido para que la institución cause sus efectos jurídicos.

3.25 Entonces, si se denuncia que el juzgador debió aplicar una norma en abstracto, de características enunciativas o una norma que contenga una definición legal, sin sus correlativas normas complementarias, su aplicación respecto la situación específica, al encontrarse incompleta, no podría ser jurídicamente adecuada; y es por ello, que como bien enseña la doctrina y jurisprudencia citada, el recurrente debe señalar las normas que componen la proposición jurídica completa.

3.26 En este orden de ideas, al encontrarnos frente a un recurso de características formal, técnico y extraordinario, este tribunal no puede ^a *aniquilar el fallo oficiosamente cuanto este resulte violatorio de normas sustanciales, las cuales sin embargo, no se han citado como quebrantadas en la sentencia*^o [Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución 384 de 26 de septiembre del 2000, juicio No. 107-99. R.O. 205 de 16 de noviembre del 2000]; pues se debe limitar a resolver lo propuesto en el recurso de casación.

3.27 En consecuencia, al no haberse señalado aquellas normas que completan la proposición jurídica, esta Sala no tiene otro camino que rechazar este cargo, debido a que el recurrente no ha cumplido con los requisitos formales necesarios para aseverar que en la sentencia hubo inaplicación de la norma legal acusada.

IV Decisión

4.1 En mérito de las consideraciones expuestas, esta 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 DURAGAS S.A. Consecuentemente, se decide NO CASAR la sentencia de 9 de abril del 2019, las 12h03, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Atención ciudadana
Telf.: 3941-800
Exts.: 3133 - 3134

www.registroficial.gob.ec

IM/AM

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

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

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