

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**

J09801-2012-0673, J01803-2018-00396

FUNCIÓN JUDICIAL

157668057-DFE

RESOLUCION No. 709-2021

Juicio No. 09801-2012-0673

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 14h56. **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, de 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

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
MILTON ENRIQUE
VELASQUEZ DIAZ
C=EC
L=QUITO
CI
0922810874**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
FABIAN PATRICIO
RACINES GARRIDO
C=EC
L=QUITO
CI
1711903094**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
PATRICIO
ADOLFO
SECAIRA
DURANGO
C=EC
L=QUITO
CI
0200419075

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 julio del 2012, DURAGAS S.A., presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva en contra del ministro de Recursos Naturales No Renovables (hoy ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables), Director Nacional de Hidrocarburos (hoy Agencia Nacional de Regulación y Control Hidrocarburífero) y del Procurador General del Estado. En su demanda impugnó la Resolución del 29 de enero del 2009, emitida por el Director Nacional de Hidrocarburos, así como la Resolución de 21 de marzo del 2012, pronunciada por el Ministro de Recursos Naturales No Renovables. La Resolución de 29 de enero del 2009 resolvió imponer una multa de USD 600 a la compañía DURAGAS S.A. Como pretensión solicitó la declaratoria de ilegalidad de las resoluciones previamente enunciadas y, por consecuencia, se deje sin efecto los actos administrativos, así como la sanción impuesta. El conocimiento de dicha causa le correspondió al Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.

1.2 Mediante sentencia de 2 de septiembre del 2019, las 15h51, el referido tribunal decidió declarar sin lugar la demanda propuesta por DURAGAS S.A. Mediante escrito de 6 de septiembre del 2019, el demandante solicitó aclaración y ampliación de la sentencia, misma que fue negada con fecha 6 de enero del 2020, por no existir *a elementos que coadyuven a viabilizar lo solicitado*° en razón de que *a la sentencia emitida*!4 *contiene la motivación correcta y suficiente*°.

1.3 Con escrito de 9 de enero del 2020, las 08h34, DURAGAS S.A. por medio de sus apoderados, 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 13 de enero del 2020, las 08h54, el tribunal calificó de oportuno el

recurso y dispuso que el expediente se eleve a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.5 Con auto de fecha 27 de enero del 2021, las 09h24, el Conjuez Nacional Miguel Bossano 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 el vicio de incongruencia *citra petita*, pues considera que en la sentencia no se resolvió respecto la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, oportunamente alegada como pretensión en su acto de proposición. En razón de ello, alega, adicionalmente, la falta de aplicación de la disposición jurídica contenida en el artículo 197 del ERFAJE, que dispone:

Art. 197.- Prescripción

1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.

2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

a. Análisis de la causal contenida en el numeral cuarto de la Ley de Casación por 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.

3.3 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*).

3.4 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].

3.5 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].

3.6 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 Cardoso, *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.

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

3.8 Del acto de proposición, se observa que el accionante alega la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, como una de las pretensiones de su demanda (considerando IV, letra a).

3.9 De otro lado, la sentencia recurrida fundamenta su negativa en el hecho de que el demandante no presentó el escrito de prueba en el momento procesal oportuno y, por consiguiente, ^a *al no existir documentos susceptibles de valoración judicial en mérito del defecto que ha sido identificado, esto es, el no incorporar documentos solemnes originales o copias debidamente certificadas dentro de la etapa determinada*^{1/4} *los juzgadores nos encontramos frente a la imposibilidad física de realizar ejercicios de valoración*^{1/4} *[debido a que] los cargos efectuados por el accionante constituyen meros enunciados*^o [Considerando OCTAVO de la sentencia, juicio No. 09802-2012-00673]

3.10 Lo previamente aducido, permite advertir que efectivamente los jueces del tribunal *a quo* dejaron de resolver la pretensión de prescripción de la facultad sancionatoria de la Administración, oportunamente solicitada por el demandante, motivando su decisión final en

la falta de prueba introducida por la parte accionante.

3.11 En este orden, respecto la falta de prueba alegada por el tribunal, esta Sala considera lo siguiente:

3.12 El artículo 34 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa disponía expresamente:

^a El demandando tendrá el término de quince días para contestar la demanda y proponer conjuntamente todas las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido. El mismo término concederá el Tribunal al funcionario o empleado, que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentre el expediente administrativo, para que lo remita^o

3.13 De ello, se deduce que fue obligación de los juzgadores solicitar el expediente a la Administración; y, viceversa, obligación de la Administración remitir el expediente al tribunal.

3.14 Bajo esta consideración, la existencia del expediente resulta una incorporación en bloque de todo lo actuado en vía administrativa, lo que se traduce en que todas las alegaciones que hayan sido realizadas en el procedimiento administrativo, quedan incorporadas al proceso [Efraín Pérez, *Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano* (Quito: CEP, 2015) 172]; en donde se incluyen, por supuesto, el o los actos administrativos impugnados por el administrado.

3.15 Ahora bien, respecto la valoración judicial de esta prueba, según enseña la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso Administrativo y especialmente en el caso No. 11804-2018-00458:

^a [El] expediente administrativo y la resolución administrativa, son elementos sobre los cuales los Tribunales Distritales deben ejercer el control jurisdiccional de las decisiones de la administración pública; por lo que constituyen elementos de prueba

dinámica que debe ser proporcionada por la Administración emisora de la resolución que es materia de la impugnación judicial, ya que ella es la que está en poder de esa información documental que debe ser valorada de oficio, para de esta manera tutelar los derechos de los administrados, haciendo el control de la legalidad de la actividad pública^{1/4} [CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, 21 de junio del 2021, juicio No. 11804-2018-00458, párrafo 8.1.1]

3.16 Por consiguiente, al encontrarse incorporado el expediente administrativo de forma lícita y oportuna (fojas 143 a 176 del proceso de instancia), el tribunal debió valorar esta prueba en orden de resolver las pretensiones aducidas por el administrado. Valga mencionar, además, que la declaratoria de nulidad del proceso se dio desde la foja 193 en adelante y, en consecuencia, no afectó al expediente administrativo.

3.17 En mérito de lo expuesto, toda vez que el tribunal *a quo* no resolvió una de las pretensiones aducidas por el accionante en la parte dispositiva de su sentencia, esta Sala considera que se configuró el vicio de incongruencia *-citra petita-* invocado por el recurrente en su recurso de casación y, en virtud de lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se casa la sentencia y se emite en su lugar la sentencia de méritos bajo las consideraciones que más abajo se detallan.

IV Sentencia de mérito

4.1 Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019].

4.2 Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente en relación a la facultad establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación:

(1/4) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error

de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos. [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27].

4.3 En vista que se ha verificado la configuración de una de las causales de casación y que, por tanto, se debe dictar una sentencia sustitutiva, este tribunal abarcará el análisis de la demanda, contestación y la valoración de la prueba para el efecto.

a. Demanda

4.4 DURAGAS S.A. pretende que se deje sin efecto la Resolución de 29 de enero del 2009, emitida por el Director Nacional de Hidrocarburos (actual Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero), y la Resolución de 21 de marzo del 2012, emitida por el ministro de Recursos Naturales No Renovables (hoy ministro de Energía y Recursos Naturales No Renovables).

4.5 El fundamento de su demanda se desarrolla bajo los siguientes puntos: prescripción, caducidad del procedimiento penal administrativo, nulidad de pleno derecho, aceptación tácita del recurso de revisión, falta de motivación de los actos administrativos impugnados, ausencia de infracciones e insuficiencia de tipicidad, ausencia del principio de legalidad en el proceso penal administrativo y, por último, imposición de penas no previstas en la ley y graduación discrecional de las mismas.

4.6 Toda vez que las pretensiones y argumentos aducidos por el accionante tienen un orden lógico, esta Sala seguirá esta dinámica para resolver el presente caso. Por consiguiente, únicamente de ser pertinente, analizará los argumentos pormenorizados que constan en la demanda.

b. Contestación del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables

4.7 En su contestación a la demanda, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No

Renovables se excepcionó con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

4.8 En este marco, señaló que no es posible discutir la existencia de la infracción cometida, toda vez que la conducta se encontró determinada en el artículo 52 del Decreto Ejecutivo No. 2282, sancionada mediante el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos y observando lo previsto en el artículo 202 del ERJAFE, en ejercicio de su potestad sancionadora. De igual forma, sostiene que las resoluciones han sido dictadas por el órgano competente en razón del territorio, tiempo y materia, y su contenido no es contrario al ordenamiento jurídico; observando el derecho a la defensa y debido proceso.

4.9 Por último, alega falta de derecho de la actora para proponer la demanda en contra del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables.

4.10 Por lo expuesto en su demanda, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables solicitó se rechace la demanda por ilegal, improcedente y carente de fundamentos.

c. Consideraciones de la Sala

i. Prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración

4.11 El accionante alega la prescripción, sustentando su argumento en el hecho de que los principios del Derecho penal, le son aplicables al Derecho administrativo sancionador y, en consecuencia, cabe la aplicación de la prescripción de las contravenciones penales.

4.12 En orden de resolver los argumentos planteados por el accionante, es menester analizar la normativa respecto la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, que correspondió a la época de los hechos sancionados.

4.13 El ámbito de aplicación del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) comprendía a los ministerios de Estado y los órganos dependientes o

adscritos a ellos [ERJAFE, art. 2, letra b)]. Por lo tanto, la Dirección Nacional de Hidrocarburos, debió aplicar este cuerpo normativo, de manera subsidiaria a la Ley de Hidrocarburos.

4.14 Mediante Decreto Ejecutivo No. 3389, publicado en el Registro Oficial 733 de 27 de diciembre del 2002, se incorpora el Libro II, del Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, en el cual se agrega el artículo 197 al ERJAFE, que disponía:

Art. 197.- Prescripción.

1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.

2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

4.15 Sin embargo, las conductas sancionadas a DURAGAS S.A. ocurrieron el 23 de julio del 2002, fecha en la cual no se encontraba vigente la disposición previamente señalada. En razón de ello, por principio de legalidad, no cabe la aplicación de esta norma en el caso concreto. Cabe advertir que en el caso concreto no podría ser aplicable el principio de favorabilidad, dado que la disposición no se encontró vigente en el ERJAFE a la fecha del cometimiento de la infracción.

4.16 No obstante, a pesar de que el instituto de la prescripción carecía de expresa regulación dentro del ERJAFE a la fecha de la infracción presuntamente cometida por DURAGAS S.A.,

es necesario recordar que el derecho administrativo es, históricamente, un derecho *in fieri* (en formación) a partir de postulados del derecho común. Es por ello que corresponde verificar si es posible la aplicación de los principios y garantías provenientes del Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador.

4.17 Sobre este tema, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sostienen que al existir una coincidencia sustancial entre ambos sectores del ordenamiento jurídico -Derecho penal y Derecho administrativo sancionador-, la consecuencia más visible es que parte de los principios y garantías del Derecho penal, se apliquen a las infracciones y sanciones administrativas, en la medida en que sean compatibles [*Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2017)115-117].

4.18 De igual manera, en líneas generales, la jurisprudencia internacional ha admitido la aplicación de las garantías del proceso a las infracciones administrativas, por analogía entre el proceso penal y el administrativo sancionador. Bajo este escenario, cierta jurisprudencia española indica que las garantías y los principios informadores del orden penal son aplicables, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado [RTC 1981, 18 citada por Idoya Arteagabeitia y Mariano Herranz, ^aEl procedimiento Administrativo Sancionador Tipo: Ámbito de aplicación^o. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 355].

4.19 Empero, la extrapolación de los principios y garantías del Derecho penal no puede ser absoluta e inmediata, sino que deberá observar si la naturaleza del procedimiento administrativo lo permite, y en caso de hacerlo, qué principios y en qué medida. De ello resulta, que ante el catálogo indefinido -parcialmente- de principios reguladores del Derecho penal, es el órgano jurisdiccional el encargado de realizar estas valoraciones en el caso concreto, de acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica.

4.20 En este contexto, si aceptamos que ciertos principios y garantías reguladoras del Derecho penal, le son aplicables al Derecho administrativo sancionador; debemos aceptar, con sus claras limitaciones, que por lo menos puedan ser aplicados los previamente

normativizados en la Constitución y la ley penal, ante el silencio expreso del ordenamiento jurídico en materia administrativa. Ello no obsta a que, a pesar de encontrarse reconocidos, estos sean incompatibles e inadecuados respecto el Derecho administrativo sancionador.

4.21 Bajo estas consideraciones, cabe analizar la pertinencia de la aplicación de la prescripción del ejercicio de la acción, como garantía del procedimiento penal, en el derecho administrativo sancionatorio.

4.22 El fundamento de la existencia de la prescripción, históricamente, ha tenido dos vertientes. El primero, se entiende como obstáculo procesal para su persecución; y el segundo, más bien como extinción jurídico material del ilícito y de la pena [Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012) 535]; que tiene relación con la renuncia del Estado a perseguir la infracción o, a su vez, el impedimento en la persecución del delito por razones de interés social, de orden público o de política criminal.

4.23 Lo cierto es que actualmente, podemos decir que la prescripción busca que, luego de un determinado tiempo, por razones de orden social, se limite la incertidumbre de las relaciones jurídicas existentes y por ello, su persecución.

3.24 Al margen de la extrapolación de estos principios penales, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado el fundamento de la prescripción en materia administrativa sancionatoria; y como se podrá advertir, tiene su base en la prescripción de naturaleza penal; con matices y diferencias.

3.25 En este sentido, según Alejandro Nieto, la jurisprudencia ha encontrado justificaciones en la existencia de la prescripción en razón de: a. la comparación con las faltas y delitos; b. por necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción; o, c) porque cuando pasa cierto tiempo, se carece de razón para el castigo; pues al modificarse el tiempo, la adecuación entre el hecho y la sanción desaparece [Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012) 539].

3.26 En sentido similar, Calvo y Herranz han reconocido una fundamentación dual de este

instituto. Desde el punto de vista de los administrados, responde a un criterio de seguridad jurídica, que garantiza que los ciudadanos no queden indefinidamente sometidos al *imperium* de la Administración y conozcan, por otro lado, el momento en que no serán sancionados [Lucía Calvo y Mariano Herranz, ^aLas formas de extinción de la Responsabilidad Administrativa: La prescripción. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 520]. Asimismo, Fernández Montalvo, sobre el mismo punto, indica que la seguridad jurídica se traduce en la exigencia de una cierta continuidad temporal entre la comisión de la infracción y la imposición de la sanción [*Potestad sancionadora de la Administración* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020) 70].

4.27 Por otro lado, desde el punto de vista de la Administración, se fundamenta en el principio de eficacia administrativa, que exige el establecimiento de periodos cortos de tiempo que permitan la reacción inmediata de la Administración [Lucía Calvo y Mariano Herranz, ^aLas formas de extinción de la Responsabilidad Administrativa: La prescripción. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 520]; o, desde otro punto de vista, como indica Baca Oneto: ^a *en la eficacia de su actuación que exige dedicar su atención a las infracciones actuales y no tanto a las pasadas, para optimizar sus recursos*^o [^aLa Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley de Procedimiento Administrativo General^o, *Derecho y Sociedad* 27 (2011): 263-274].

4.28 De acuerdo con lo expuesto, se puede advertir la importancia de esta garantía en el Derecho penal, y en cuanto el Derecho administrativo sancionador se fundamenta en los principios penales, se le debe reconocer la aplicación de la prescripción en los procesos sancionatorios, en garantía del derecho a la seguridad jurídica y en orden de las razones de interés general y de orden público aportadas principalmente por la rama penal. Claro está, como se pudo advertir del presente esbozo de criterios, que actualmente la prescripción en materia administrativa sancionadora ha desarrollado, bajo el cobijo del Derecho penal, razones propias, tales como la eficacia de la Administración.

4.29 En virtud de ello, si bien la prescripción no se encontró regulada por el ERJAFE al momento del cometimiento de la presunta infracción, esta Sala considera que se debió observar esta garantía en el desarrollo del procedimiento administrativo. Este criterio se sujeta

principalmente en que i. los principios y garantías del proceso penal pueden aplicarse en el proceso administrativo sancionador -con sus matices-; ii. la prescripción resulta ser una garantía necesaria respecto el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ya por razones de política criminal, interés social y/o seguridad jurídica; y ello, a su vez, secunda en que iii. la institución sea compatible con la naturaleza del procedimiento administrativo.

4.30 Una vez reconocida la aplicación de la prescripción en el derecho sancionador administrativo, cabe analizar el tiempo de prescripción que debió utilizarse en el caso concreto, considerando el silencio expreso de la ley.

4.31 Parecería, en principio, que el silencio de la ley en materia de prescripción de las infracciones administrativas resulta un tema aislado. Sin embargo, la solvencia y, sobre todo, la capacidad de abarcar la mayoría de las situaciones jurídicas ha sido un trabajo histórico. Actualmente, podemos decir que este problema ha sido superado por el Código Orgánico Administrativo; no obstante, no ocurrió lo mismo en el tiempo del cometimiento de la infracción, ni aún, con el contenido del ERJAFE.

4.32 Sobre este problema, se ha discutido en el sentido de qué materia entraría a colmar el silencio de la ley. Este desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial, pues en virtud de lo previsto en el artículo 18, núm 7 del Código Civil: *“a falta de ley, se deberá aplicarán las que existan sobre casos analogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”*.

4.33 En este orden, la ausencia de un régimen general de prescripción de las infracciones administrativas produjo necesariamente un desarrollo jurisprudencial. Por ejemplo, para satisfacer esta problemática, la jurisprudencia española desarrolló dos líneas de interpretación: Por un lado, debía estarse al plazo previsto en el Código Penal para las faltas, que era de 2 meses; y, según la otra, había que acudir a la misma norma, pero diferenciando entre graves, muy graves y leves [Fernández Montalvo, *Potestad sancionadora de la Administración* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020) 70]. No faltaron, por lo demás, aquellas interpretaciones respecto la aplicación del Derecho civil; pero que a la final terminaron superadas por los criterios penales, hasta su efectiva regulación.

4.34 Para sustentar el criterio de aplicación del Código Penal, de acuerdo con la paráfrasis de Lucia Calvo y Mariano Herranz, la jurisprudencia estimó que:

“[L]a existencia de un concepto ilícito comprensivo tanto del penal como del administrativo, permitía aplicar, en defecto de disposición administrativa, el plazo de prescripción dispuesta por la legislación de faltas” [524 RJ 1971, 1291 por Lucía Calvo y Mariano Herranz, ^aLas formas de extinción de la Responsabilidad Administrativa: La prescripción. En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 524]

4.35 A todo esto, se debe sumar que el Derecho sancionatorio tiene su fundamento en el Derecho penal y, como se ha desarrollado en la presente sentencia, los principios y garantías de este pueden ser utilizadas en la medida en que sean adecuadas y compatibles con el proceso administrativo sancionatorio.

4.36 Bajo esta consideración, esta Sala encuentra adecuado suplir la falta de ley, en aplicación de los principios del Derecho penal, habiéndose determinado principalmente que el Derecho administrativo sancionador se fundamenta en los principios de orden penal, reconociéndose especialmente a la prescripción; y debido a que la infracción penal y administrativa son material y sustancialmente idénticas, pues ambas son el reflejo del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y persiguen la tutela de bienes jurídicos -con sus matices-, y por ello, en no pocas ocasiones, aquello no sancionado mediante el Derecho penal, se puede sancionar mediante el Derecho administrativo sancionador.

4.37 Por consiguiente, el tiempo de prescripción adecuado para las infracciones administrativas resulta ser el previsto para las contravenciones, en orden de garantizar el principio de legalidad y principio de proporcionalidad; de modo que no resulta coherente aplicar la prescripción de los delitos -de acción pública o privada-, cuando estos son por naturaleza mayormente lesivos del orden social. Igualmente, no se consideran otros plazos de prescripción en aras de garantizar el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica, pues las infracciones presuntamente cometidas por DURAGAS S.A. no tuvieron una

graduación -leves, graves, gravísimas- y mal haría este tribunal interpretar dicha graduación, que en todo caso podría tener consecuencias en la arbitraria aplicación de los plazos de prescripción previstos en la ley penal para casos análogos.

4.38 Por último, cabe referirse al criterio de la Procuraduría General del Estado, en el sentido de que en procesos administrativos iniciados en virtud de los artículos 77 y 78 de la Ley de Hidrocarburos, no cabe la aplicación de las normas penales para declarar la prescripción y ordenar el archivo de los expedientes administrativos, bajo el argumento de que las infracciones y sanciones son de carácter administrativo y público porque precautelan intereses de la colectividad (Estado) y no de los particulares.

4.39 En primer lugar, según el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado, la absolución de consultas es vinculante respecto los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública; y no, respecto de los órganos jurisdiccionales. Igualmente, dentro de las atribuciones de los tribunales de lo Contencioso Administrativo, se encuentra la de decidir sobre la legalidad de los actos emitidos por la Administración.

4.40 En segundo lugar, por medio de este pronunciamiento se pretende que la potestad sancionadora de la Administración atribuida por la Ley de Hidrocarburos se mantenga indefinidamente en el tiempo, *so pena* de la falta de norma expresa, cuando ello contraviene uno de los fundamentos principales y esenciales de esta institución: la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, se niega la aplicación del Derecho penal basándose en el argumento de que las sanciones son de carácter administrativo y público porque precautelan intereses del Estado y no de los particulares, que nada tiene que ver con el alcance y aplicación de los principios del Derecho penal en el proceso administrativo sancionador, y el reconocimiento de la prescripción como garantía de este procedimiento, tanto más que la prescripción no solo actúa como un impedimento para iniciar el procedimiento, sino además, resulta ser una manifestación de la política estatal y del interés social; siendo, por lo tanto, de orden público.

4.41 De acuerdo con lo expuesto en líneas precedentes, cabe la aplicación del artículo 617 del Código Penal vigente a la fecha del cometimiento de la infracción, que en su parte pertinente

disponía:

Art. 617.- La acción de policía prescribe en treinta días, y la pena en noventa días, contados ambos términos desde el día en que se cometió la infracción, o desde la fecha en que la sentencia condenatoria quedó ejecutoriada, respectivamente.

4.42 Bajo este contexto, corresponde analizar si en la especie, ocurrió la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Dirección Nacional de Hidrocarburos (actual Agencia Nacional de Regulación y Control Hidrocarburífero).

4.43 Consta del expediente administrativo, a fojas 144 del proceso, el acta de inspección de peso de GLP envasado en cilindros realizada a DURAGAS, de fecha 23 de julio del 2002. Y, por otro lado, consta de fojas 148 del proceso, el auto de fecha 11 de diciembre del 2008, emitido por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, dentro del Expediente Administrativo No. 4193-2008-PV, en el cual se dispone la apertura del proceso administrativo por las imputaciones constantes en el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 2282, sancionadas mediante el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos.

4.44 De los recaudos señalados se puede advertir que entre la fecha de la presunta comisión de la infracción y el inicio del proceso administrativo, transcurrieron más de 6 años sin que la Dirección Nacional de Hidrocarburos ejerza la potestad administrativa sancionatoria; sobrepasando excesivamente -incluso bajo los parámetros vigentes- el tiempo previsto para la prescripción.

4.45 Por todo lo expuesto y en virtud del artículo 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en su parte esencial disponía: son causas de nulidad: a) la incompetencia de la autoridad, esta Sala declara la nulidad del acto administrativo (Resolución emitida con fecha 29 de enero del 2009, dentro del Expediente Administrativo No. 4193-2008-PV), en razón de que la Administración se encontró impedida en razón del tiempo para iniciar el proceso administrativo sancionador.

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, acepta el recurso de casación interpuesto por DURAGAS S.A. y por lo tanto, decide casar la sentencia de fecha 2 de septiembre del 2019, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.

5.2. En virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se declara parcialmente con lugar la demanda de DURAGAS S.A., en los términos señalados en el párrafo 4.45 de la presente sentencia. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

160244768-DFE

Juicio No. 09801-2012-0673

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 6 de octubre del 2021, las 09h25. **VISTOS:** Transcurrido el término concedido en el auto precedente, se resuelve lo siguiente:

I. Antecedentes procesales

1.1. El 3 de septiembre de 2021, las 14h56, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 09801-2012-0673 aceptó el recurso de casación interpuesto por DURAGAS S.A. y admitió parcialmente la demanda, dejando sin efecto la sanción impuesta. Esta sentencia fue notificada el 10 de septiembre de 2021 (fj. 23); y, en su contra, se interpuso recurso de aclaración el 14 de septiembre de 2021.

1.2 El 20 de septiembre de 2021, las 14h32, el juez ponente dispuso que se corra traslado a la parte contraria con el recurso de aclaración por el término de 48 horas. Transcurrido el tiempo concedido sin una respuesta al traslado, corresponde que este tribunal decida sobre la aclaración interpuesta por la casacionista.

II. Solicitud de aclaración

2.1. La casacionista solicita que se aclaren dos cuestiones: a. cuál fue el plazo que la Sala computó para establecer que operó la prescripción de la infracción en el caso concreto; y, b. qué disposición legal o normativa se aplicó supletoriamente.

III. Análisis

3.1. *Oportunidad del recurso.*- Conforme al artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, las solicitudes de ampliación y aclaración deben formularse dentro del término de tres días contados desde la notificación de la sentencia. En este caso, la sentencia impugnada fue notificada el 10 de septiembre de 2021 y el recurso fue interpuesto el 14 de septiembre de 2021. Es decir, la solicitud de aclaración fue planteada oportunamente dentro de los tres días establecidos en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil.

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por
MILTON ENRIQUE
VELÁSQUEZ DÍAZ
C=EC
L=QUITO
CI
0922810874

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por
FABIAN PATRICIO
RACINES GARRIDO
C=EC
L=QUITO
CI
1711903094

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por
PATRICIO
ADOLFO
SECAIRA
DURANGO
C=EC
L=QUITO
CI
0200419075

3.2. *Objeto de los recursos de aclaración y ampliación.*- Según el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración procede cuando exista oscuridad en la sentencia. En este caso, tanto la disposición jurídica, cuanto el lapso de prescripción aplicado al caso concreto, se encuentran expresamente desarrollados en los párrafos 4.36, 4.37 y 4.41 de la sentencia. En esta medida, no se observa oscuridad o ambigüedad en la resolución, por lo cual, no hay nada que aclarar en relación con la petición de la casacionista.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, este tribunal resuelve **NEGAR** el recurso de aclaración interpuesto por DURAGAS S.A. contra la sentencia de 3 de septiembre de 2021, las 14h56. En consecuencia, las partes deberán atenerse a lo dispuesto en la sentencia. Notifíquese.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION No. 710-2021



Juicio No. 01803-2018-00396

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, miércoles 8 de septiembre del 2021, las 10h58. **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, Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **01803-2018-00396**:

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:

1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución N°. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
2. 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,
3. 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 de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado, de conformidad con el artículo 185.6 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 COGEP°).

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 7 de mayo de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango.

II. Antecedentes

2.1. El 9 de noviembre de 2018, Carlos Adrián Romero Larrea inició un juicio de daños y perjuicios contra la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP y la Procuraduría General del Estado. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, reclamó una indemnización de USD 200 000 por daño moral, USD 2 028.77 por daños materiales, más costas y honorarios.

2.2. Mediante sentencia de 29 de enero de 2020, las 12h13, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Cuenca (^aTDCA°) aceptó parcialmente la demanda por voto de mayoría. En consecuencia, dispuso que se pague al actor USD 10 000 por daño moral; y, que se practique la liquidación pericial de los gastos efectivamente incurridos por el actor en la atención y recuperación de su lesión, así como los valores dejados de percibir por su trabajo en caso de justificarse legalmente. Negó las costas y honorarios porque no se configuraron los presupuestos del artículo 284 del COGEP.

2.3. Inconforme con lo resuelto, la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP interpuso recurso de casación el 6 de febrero de 2020. Este fue admitido por el conjuerz nacional Miguel Bossano Rivadeneira con auto de 7 de septiembre de 2020, las 10h21, conforme lo dispuesto en el artículo 270 del COGEP; contestado el 13 de octubre de 2020 por Carlos Adrián Romero Larrea; y, sorteado electrónicamente a este tribunal el 24 de junio de 2021.

2.6. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 *ibídem*, se celebró audiencia de fundamentación del recurso de casación, de manera telemática, el 15 de julio de 2021 a las 11h00. En la reinstalación de la audiencia, el 27 de agosto de 2021 a las 8h15, este tribunal emitió la decisión oral dentro de esta causa. 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

a. Argumentos de la entidad recurrente

4.1. La entidad recurrente solicita que case la sentencia de 29 de enero de 2020 bajo la causal de casación del numeral 2 del artículo 268 del COGEP, que establece:

El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4) 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

4.2. Considera que la motivación de la sentencia recurrida no cumple los requisitos de razonabilidad y lógica porque no se citaron las normas legales aplicables al caso; y, las premisas no se ordenaron de manera lógica.

4.3. Además, señala que la sentencia es contradictoria porque el TDCA dio por probado el daño material con *“ la disposición emitida por la funcionaria encargada de Educación Vial de la Empresa Pública EMOV EP° (considerando quinto) y, sin identificar a tal funcionaria, dejó a salvo el derecho de repetir.*

4.4. Por último, estima que la cantidad fijada por el TDCA para indemnizar el daño moral es arbitraria, pues si bien esa cuantificación corresponde al juzgador, esta debe estar justificada y

motivada. Asimismo, indica que los daños materiales correspondían ser probados y debatidos en audiencia, y fijados de manera motivada en la sentencia, pero no fue así. El TDCA dispuso que el valor de la indemnización sea calculado pericialmente, en lugar de cuantificarlo en la sentencia.

b. Contestación del recurso

4.5. Carlos Adrián Romero Larrea señala que la entidad recurrente se limitó a manifestar su informalidad con la decisión y por tanto, falló en demostrar que la sentencia del TDCA incumple el requisito de motivación. Además, indica que la casacionista confunde el juicio de daños y perjuicios con la acción de repetición, pues para ejercer esta última se requiere que primero la entidad pública declare la responsabilidad del funcionario por quien el Estado asumió la obligación de indemnizar al administrado.

c. Análisis de la segunda causal del artículo 268 del COGEP

4.6. La Corte Constitucional ha establecido que la motivación jurídica es una garantía constitucional que no exige altos estándares de argumentación, pues se satisface con el cumplimiento de dos parámetros mínimos establecidos en la letra l), artículo 76.7 de la Constitución. Estos son, enunciar las normas o principios jurídicos en que los jueces fundaron la decisión y explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1679-12-EP/20, 15 de enero de 2020, párr. 44].

4.7. De esta manera, el examen de motivación jurídica solo comprende un estudio de la suficiencia de la motivación, es decir, el cumplimiento de los requisitos antedichos; y, no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 274-13-EP/19, 18 de octubre de 2019, párr. 47]. Por ende, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el análisis de la motivación jurídica no habilita una revisión de los méritos de la decisión, ni permite entrar a analizar la corrección de la aplicación del Derecho y tampoco de la valoración probatoria (motivación incorrecta) [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1906-13-EP/20, 5 de agosto de 2020].

4.8. Además, cada causal de casación mira un yerro distinto. La corrección jurídica de la decisión, así como la aplicación e interpretación del derecho a la valoración probatoria, son susceptibles de ser controladas a través de otras causales de casación, en razón de errores *in iudicando*.

4.9. En cambio, el incumplimiento del requisito de motivación es un cargo casacional que guarda relación con un defecto de construcción de la sentencia impugnada. Entonces, esta causal no puede ser trastocada para analizar la corrección jurídica de la decisión ni la valoración de la prueba. Cuando un recurrente busque tal tipo de control deberá alegar las causales aptas para el efecto y no limitarse a invocar el incumplimiento del requisito de motivación. De otra manera, la motivación se convertiría en una suerte de llave maestra para abrir cualquier tipo de control sobre la decisión recurrida, lo que vaciaría de contenido a las demás causales de casación, pues -en ese escenario- cuál sería la necesidad de alegarlas si al final la causal segunda permitiría analizarlo todo.

4.10. Adicionalmente, las causales por errores *in iudicando* exigen un alto nivel de argumentación técnica para que se configure la preposición jurídica completa y el casacionista no puede pretender evadir tal carga a través de la causal segunda del artículo 268 del COGEP por el incumplimiento de la motivación, cuando en realidad busque un control de corrección jurídica.

4.11. Bajo este contexto, corresponde que este tribunal examine la motivación de la sentencia recurrida según los parámetros establecidos por la Corte Constitucional y los argumentos de la entidad recurrente, sin entrar a revisar la corrección jurídica de la decisión, ni la aplicación o interpretación del derecho a la valoración probatoria. En este caso, los argumentos de la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP pueden resumirse de la siguiente manera:

i. **Primer argumento:** El TDCA no cita algún artículo legal aplicado al caso.

ii. **Segundo argumento:** El razonamiento del TDCA no es lógico. Existe una contradicción entre el considerando quinto de la sentencia, donde no se identifica al funcionario que habría

dado la instrucción de pintar la escuela al actor, y la decisión de dejar a salvo la acción de repetición a favor del Estado.

iii. **Tercer argumento:** No existe motivación sobre la cuantificación del daño moral.

iv. **Cuarto argumento:** No existe una cuantificación del daño material y en su lugar, se dispuso una liquidación pericial para determinarla.

4.12. El primer argumento de la entidad recurrente guarda relación con el requisito de enunciar las normas o principios jurídicos en que los jueces fundaron la decisión. A efectos de constatar el cumplimiento o no de este, primero es necesario determinar los puntos resolutive a los que arribó el TDCA para, luego, examinar si exhibió las premisas jurídicas para llegar a tales conclusiones.

4.13. En la sentencia impugnada, el TDCA resolvió lo siguiente:

(¼) declara parcialmente con lugar la demanda y fija el monto de DIEZ MIL DÓLARES; por daño moral a favor del accionante; en tanto que por concepto de daños y perjuicios; se dispone se practique la liquidación pericial de los gastos efectivamente incurridos por el accionante en la atención y recuperación de su lesión, así como los valores dejados de percibir por su trabajo en caso de justificarse legalmente. El pago deberá realizarlo la EMPRESA PÚBLICA EMOV EP en el término de treinta días de ejecutoriada ésta (*sic*) sentencia; en el caso del daño moral; y respecto de los daños y perjuicios en un término de treinta día de la aprobación del informe pericial. Se deja a salvo el derecho de la parte accionada de ejercer el derecho de repetición. En virtud de la presunta falsificación de la firma del ahora accionante constante en fojas 115 de éste (*sic*) proceso, se dispone se remitan las piezas procesales pertinentes a la Fiscalía para la investigación. En cuanto a lo solicitado respecto a las costas procesales y honorarios de sus abogados defensores no se acepta por no configurarse los presupuestos establecidos en el Art. 284 del COGEP.

4.14. De lo transcrito, se observa que el TDCA dispuso el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor de Carlos Adrián Romero Larrea por la responsabilidad extracontractual del Estado. Esto incluía dos decisiones principales: (i) la orden de que se paguen al actor los daños materiales relativos a la atención y recuperación de su lesión, así como los valores que dejó de percibir por su trabajo, a ser cuantificados mediante informe pericial; y, (ii) la concesión de un pago por daño moral, cuantificado en USD 10 000.

4.15. Para sustentar el análisis de daños materiales, el TDCA invocó los artículos 233 y 11.9 de la Constitución, así como doctrina de Marco Morales Tobar, Guillermo Cabanellas, Planiol y Ripert (foja 210 y reverso). Por lo cual, el cargo de la entidad recurrente carece de asidero en este punto.

4.16. No obstante, en cuanto al estudio de daños morales, el TDCA invocó de manera abstracta a la doctrina y jurisprudencia. En la parte pertinente de la sentencia, señaló:

Respecto del daño moral; **tanto la doctrina como la jurisprudencia**, al constatar que los perjuicios morales no son determinables objetivamente en dinero, por lo que la indemnización no puede tener un carácter de equivalencia, han señalado que la función de la indemnización del daño moral es la de una compensación. (reverso de foja 211)

4.17. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la simple enunciación abstracta de doctrina no cumple con los parámetros mínimos del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 860-12-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 29].

4.18. A su vez, esta Sala ha determinado que la referencia genérica a jurisprudencia, sin identificar los casos en los que fue dictada y sin explicar la pertinencia de su aplicación a los hechos controvertidos en el proceso, implica un incumplimiento de los dos parámetros mínimos de la motivación jurídica [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de

junio de 2021, caso 17811-2017-00669, párr. 3.7].

4.19. En este sentido, la Corte Constitucional también ha establecido que un juez no puede motivar su decisión a través del mero reenvío, esto es, limitarse a manifestar que le parecen suficientes los argumentos de otra sentencia, sin tener la necesidad de volver a expresarlos; o la remisión de manera global, sin que exista un pronunciamiento *ad hoc* por parte del tribunal sobre lo dicho en la sentencia a la que hace remisión [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1898-12-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 28].

4.20. Por ende, este tribunal concluye que la invocación abstracta de doctrina y jurisprudencia en la sentencia impugnada en relación al daño moral, constituye un incumplimiento del primer parámetro mínimo de la motivación jurídica. Por lo cual, se acepta el primer argumento de la entidad recurrente en ese aspecto.

4.21. Ahora bien, el segundo argumento de la entidad recurrente hace referencia a la coherencia interna del razonamiento del TDCA por una supuesta contradicción entre el considerando quinto de la sentencia y el haber dejado a salvo el derecho a repetir. La recurrente estima que, al no haberse identificado al funcionario que dio la instrucción de pintar la escuela, no se puede hacer efectiva su responsabilidad a través de la acción de repetición.

4.22. Para que una cuestión sea contradictoria, tiene que existir un conjunto de proposiciones que se invaliden al oponerse recíprocamente. Por ejemplo, decir que algo es y, al mismo tiempo, que no lo es [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de julio de 2021, caso 17811-2017-00577, párr. 4.18; sentencia de 22 de julio de 2021, caso 01802-2014-0165, párr. 4.21]. En este caso, eso no sucede.

4.23. El Estado debe reparar el daño causado por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad estatal (responsabilidad directa) sin perjuicio de repetir lo pagado en contra del funcionario responsable (derecho de repetición). Así, en el marco de la acción indemnizatoria contra el Estado, no corresponde a los jueces determinar la identidad y responsabilidad del funcionario específico, sino que sólo le

incumbe verificar si una actividad estatal produjo un daño indemnizable al administrado. Es irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los funcionarios se comportan en el ejercicio de sus funciones [Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 0348-2010, juicio 55-2007, 8 de octubre de 2010; sentencia 0280-2009, juicio 121-2007, 10 de septiembre de 2009]

4.24. La responsabilidad del Estado es objetiva precisamente porque no se origina en la ilicitud de los actos o hechos de sus funcionarios, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente [Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Gaceta Judicial, año CX, serie XVIII, no. 8, p. 3020; sentencia del 11 de abril de 2007, Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, no. 4, p. 1618].

4.25. Por ende, la falta de identificación del funcionario y dejar a salvo el derecho de repetición del Estado no son cuestiones contradictorias en la sentencia del TDCA; y, por tanto, se desestima el segundo argumento del recurrente. Sobre este punto, en la audiencia de fundamentación del recurso, el representante de la entidad recurrente agregó que la falta de identificación del funcionario constituye una inobservancia del artículo 344 del Código Orgánico Administrativo. Sin embargo, este argumento tampoco procede porque la acción de repetición a la que hace referencia ese artículo es la que se sigue tras el procedimiento administrativo ordinario de responsabilidad extracontractual del Estado, y no, a la acción judicial que nos ocupa.

4.26. Por último, los dos últimos argumentos de la entidad recurrente guardan relación con la suficiencia de la motivación de la sentencia del TDCA, pues alega que no se motivó la cuantificación del daño moral y que, en el caso de los daños materiales, ni siquiera fueron cuantificados.

4.27. Antes de abordar esos argumentos, es necesario precisar que la motivación jurídica se ajusta a la naturaleza de lo que se resuelve [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 609-11-EP/19, 28 de agosto de 2019, párr. 32]. Es decir, los requisitos del artículo 76.7, letra 1, de la Constitución son aplicables para medir la suficiencia de la motivación de cualquier decisión jurisdiccional. Pero, en ciertos casos, el estándar es más alto y se imponen requisitos adicionales para que la decisión se

considere suficientemente motivada. Estos requisitos se desprenden de la propia naturaleza de la *litis* que será resuelta en sentencia.

4.28. Por ejemplo, en el caso de la sentencia que resuelve un recurso de apelación, la motivación será insuficiente si el tribunal de alzada omite pronunciarse sobre alguno de los argumentos relevantes del recurrente [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 540-15-EP/20, 16 de diciembre de 2020, párr. 19].

4.29. De la misma manera, el estándar de suficiencia en la motivación es más alto para una sentencia que resuelve aceptar la pretensión indemnizatoria dentro de una acción por responsabilidad extracontractual del Estado. Es necesario que los jueces hagan un análisis de los presupuestos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad estatal en el ámbito extracontractual. Sólo después de ello, los jueces podrían abordar el segundo punto de decisión, indispensable, en este tipo de sentencias: la cuantificación del daño para fijar la indemnización al administrado. Como ya lo ha señalado esta Sala:

Este ejercicio de constatar dichos requisitos es el antecedente lógico necesario para que la autoridad jurisdiccional pueda concluir que existió responsabilidad extracontractual del Estado, lo que a su vez, es el antecedente lógico y presupuesto material para establecer la procedencia de una indemnización a favor del administrado, según los daños jurídicamente relevantes y demostrados en el mismo juicio.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 2021, caso 17741-2016-1162, párr. 4.15

4.30. Entonces, una sentencia que acepta la acción de responsabilidad extracontractual del Estado debe contener un examen de los presupuestos de procedencia y, además, un análisis sobre la cuantificación de los daños que permita determinar la indemnización al administrado. De lo contrario,

existirá una motivación insuficiente en la sentencia. Esto no sucede cuando se trata de una sentencia en la que se rechaza tal acción. Ahí bastará que no se cumpla uno de los presupuestos que configura dicha responsabilidad para que la demanda resulte improcedente, sin necesidad de entrar a verificar lo demás [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de junio de 2021, caso 17811-2017-00669, párr. 4.24].

4.31. Bajo este contexto, se procederá a revisar si el TDCA ofreció una motivación suficiente, señalando las razones en las que sustentó la cuantificación del daño moral y si efectivamente cuantificó o no los daños materiales.

4.32. En relación a la existencia de daños materiales y morales, el TDCA indicó:

En el presente caso, el daño material, a la vez cierto y actual, que representa un sacrificio especial que la parte accionante no está obligada a soportarlo, se encuentra probado con la disposición emitida por la funcionaria encargada de Educación Vial de la EMPRESA PÚBLICA EMOV EP para que el ahora accionante proceda a pintar la cubierta de una de las aulas de una (sic) centro educativo; sin proporcionarle las herramienta y el equipo de protección necesarios para el cumplimiento de la labor asignada; pues recordemos que en un inicio se le asignó para las labores comunitarias de semaforización; sin embargo para esa actividad únicamente se le entregó un chaleco reflectivo; que definitivamente no era la herramienta necesaria para el pintado de una cubierta; que ese día estaba mojado por la lluvia lo que determinó **su caída que le provocó las lesiones físicas y psicológicas indicadas; y probadas con los informes periciales.** (énfasis añadido)

4.33. A partir de lo transcrito, se advierte que el TDCA corroboró la existencia de daños sufridos por el actor con base en los informes periciales. Si bien la verificación de la existencia del daño es uno de los presupuestos para constatar la responsabilidad extracontractual del Estado, la prueba de la existencia del daño -por sí sola- es insuficiente para fijar la indemnización. Precisamente, cuantificar es traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona sufrió a consecuencia de un hecho. Es decir, la cuantificación busca resarcir el perjuicio a través de una suma compensatoria considerada

equivalente. [Lidia Garrido Cordobera, ^aLa cuantificación de daños un debate inconcluso^o, Revista de Legislación y Jurisprudencia Ed Reus España (4), 2007, p.1].

4.34. En este caso, el TDCA no efectuó un ejercicio razonado cuantificar los daños materiales. Incluso trasladó esta labor a un perito para que sea él quien los cuantifique tras la emisión de la sentencia. Esto es inaceptable, pues tal y como ya ha determinado la presente Sala: *“La determinación de responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser comprendida como el objeto de un juicio prejudicial y diferente a la **cuantificación** de la indemnización que, por ese concepto, le corresponda al administrado^o”* [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 2021, caso 17741-2016-1162, párr. 4.12].

4.35. Además de haber omitido cuantificar los daños materiales, el TDCA no justificó la cantidad de USD 10 000 que fijó como indemnización por daño moral. En la parte pertinente de la sentencia, el TDCA manifestó:

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento síquico. . (sic) Por lo que, considerando el impacto o sufrimiento síquico espiritual, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastornos de ansiedad, impacto emocional del ahora accionante; este Tribunal, considerando que la traducción exacta en dinero de un determinado daño moral es imposible, más ésta (sic) obligado en función de los daños sufridos a fijar una cantidad razonable que sirva como compensación; (1/4); por lo que; éste (sic) Tribunal de la Sala Única de Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en la ciudad de Cuenca (1/4) declara parcialmente con lugar la demanda y fija el monto de DIEZ MIL DÓLARES; por daño moral a favor del accionante (1/4).

4.36. De lo transcrito, se advierte que el TDCA hizo un paso automático entre la verificación de la existencia del daño moral y la decisión de conceder USD 10 000 como indemnización por ese concepto, bajo el pretexto de que es *“imposible^o”* medir de manera exacta ese tipo de daños en dinero. No obstante, el que el daño moral *“no pueda ser directamente cuantificado, en atención a que es*

incommensurable en dinero en términos absolutos, no excluye el deber de apreciarlo en concreto de conformidad con las circunstancias y establecerlo en términos que sea observado un principio de proporcionalidad^o [Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 603].

4.37. Simplemente señalar, casi como una fórmula de estilo, que *“ conforme al mérito de los autos”* se fija la correspondiente indemnización en una determinada cantidad no supone una justificación suficiente. Como petición de principio, los jueces deben explicitar el modo en que efectuaron tal operación, partiendo por señalar el peso específico o relevancia de cada uno de los criterios o pautas tomadas en consideración en la determinación de la indemnización, aduciendo además las razones que se han tenido para ello. [Hugo Cárdenas Villareal y Paulina González Vergara, ^aNotas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización^o, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 37(106), Medellín-Colombia, 2007, p. 232-233]. Es decir, los jueces deben justificar el monto que fijen según su prudente arbitrio.

4.38. Cuando se trata de cuantificar daños morales, el juzgador puede emplear distintos parámetros para graduar el monto de la indemnización. Entre ellos: (i) tipo de lesión, pues -por ejemplo- no es lo mismo perder el brazo menos hábil que aquel que permite un mejor desempeño; (ii) sexo; (iii) edad; (iv) estado civil y si el afectado tiene hijos y de qué edad; (v) nivel de instrucción; (vi) estado de salud anterior al daño; (vii) si con motivo del hecho estuvo internado o realizó tratamiento ambulatorio; (viii) si las secuelas del daño serán dolorosas [Martín A. Christello, citado por Silvia Amores Osorio, ^aDeterminación del quantum indemnizatorio por daño moral en nuestra jurisprudencia^o, *Ilumanta Revista de Investigaciones Jurídicas* (2), Corte Nacional de Justicia ± Ecuador, p. 35].

4.39. El listado no es taxativo y la aplicación de uno u otro criterio depende de cuál fue el bien extrapatrimonial afectado, pues cuando se trate de la reputación de una persona son relevantes pautas como el nivel y el medio de difusión de la injuria; mientras que, en el caso de una lesión, resultan de mayor importancia la duración del dolor psíquico o físico, así como su intensidad, la cual puede ser muy grave, grave, leve, levísima [Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Bogotá: Legis Editores S.A., 2008, p. 806-807].

4.40. En este caso, el TDCA no manifestó cuál fue el parámetro que eligió para cuantificar el daño moral sufrido por el actor. Se limitó a establecer el monto de USD 10 000 sin ofrecer una justificación para ello; y, como ya se explicó, la verificación de la existencia del daño \pm por sí sola- es insuficiente para fijar la magnitud de la indemnización.

4.41. Por lo expuesto, existe una motivación insuficiente en la sentencia recurrida ante la falta de cuantificación de daños materiales, así como una ausencia de justificación de la indemnización fijada por daño moral. Entonces, se aceptan el tercer y cuarto argumento de la entidad recurrente.

4.42. Lo anterior sumado a la invocación abstracta de doctrina y jurisprudencia por parte del TDCA en relación al daño moral, configura la causal 2 del artículo 268 del COGEP en virtud del incumplimiento del requisito de motivación. En consecuencia, corresponde que este tribunal dicte una sentencia sobre los méritos del caso en reemplazo de la del TDCA, de conformidad con el artículo 273.4 del COGEP.

V. Sentencia de mérito

5.1. Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019].

5.2. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente en relación a la facultad establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación (actual 273 del COGEP):

(¼) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27.

5.3. En vista que se ha verificado la configuración de una de las causales de casación y que, por tanto, se debe dictar una sentencia sustitutiva, este tribunal analizará los méritos del caso para corregir el error en el que incurrió el TDCA.

c. Consideraciones de la Sala

5.4. Según la Corte Constitucional, es plenamente posible cumplir con el estándar de motivación jurídica haciendo una remisión a los fundamentos de la sentencia impugnada, siempre que se realice *“un pronunciamiento autónomo sobre el thema decidendum o, al menos, una postura crítica sobre la suficiencia y la fundamentación de dicha sentencia”* [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1898-12-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 29].

5.5. En este caso, el tribunal coincide con el criterio del TDCA en cuanto al rechazo de la excepción de *plus petitio*. Esta fue opuesta por la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP (en adelante, *“EMOV”*). Sin embargo, no argumentó cuál sería la decisión viciada de *plus petitio*, de manera que este tribunal pueda hacer un análisis al respecto. Dado que quien alega afirmativamente algo, debe probarlo según el artículo 169 del COGEP; y, visto que la EMOV no lo hizo, se rechaza su excepción.

5.6. También, este tribunal ratifica el criterio del TDCA de que no procede que la EMOV intente eximirse de responsabilidad con base en la *“Carta de aceptación de servicio comunitario en el cumplimiento de penas no privativas de la libertad”*, pues ese compromiso fue suscrito por el actor en razón de las actividades de limpieza de vías públicas que tenía asignadas según el memorando No. EMOV EP-EDV-2018-0140-MEM (fojas 105-106); y, no, para actividades de pintura de escuelas.

5.7. En consecuencia, resta que este tribunal emita un criterio propio sobre la pretensión indemnizatoria del actor, a la cual se oponen la EMOV y la Procuraduría General del Estado con la

excepción de improcedencia de la demanda. Para el efecto, primero se analizarán los presupuestos concurrentes para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado. Estos son:

1. La producción de un daño o perjuicio cierto, actual o futuro, material o moral;
2. Un nexo causal entre la actividad pública y el daño;
3. La existencia de un factor de atribución, esto es, la falta de la prestación de un servicio público, la deficiencia [funcionamiento anormal] del mismo o el cumplimiento [acción] o incumplimiento [omisión] irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y,
4. La imputación del daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, quien solo podrá oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado si prueba que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.

Sentencia N°. 760- 2016, recurso N°. 600-2012, 21 de junio de 2016; sentencia N°. 817-2016, recurso N°. 462-2012, 5 de julio de 2016; y, sentencia N° 217-2017, recurso N° 250-2013, 9 de febrero de 2017.

5.8. De constatare la responsabilidad extracontractual del Estado, se procederá a cuantificar los daños para determinar el monto de la indemnización que correspondería al actor por ese concepto. De lo contrario, se rechazará la demanda por improcedente.

1. Los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado

i. El factor de atribución

5.9. En la demanda, Carlos Adrián Romero Larrea alega que sufrió daños materiales y morales por una caída desde la cubierta de la escuela Víctor Albornoz. Afirma que la estaba pintando bajo la instrucción de una funcionaria de la EMOV como parte del trabajo comunitario que debía cumplir por haber cometido una infracción de tránsito, pese que las actividades que había acordado con la EMOV eran de limpieza de vía pública. Según el actor, los daños que sufrió son atribuibles a la EMOV porque esta no le proporcionó el equipo necesario para pintar la cubierta.

5.10. Es decir, la alegación principal del actor está destinada a sostener que la EMOV lo puso en una situación de riesgo y a pesar de ello, no tomó medida alguna para mitigarlo. Por ello, sostiene que cayó de la cubierta y sufrió los daños que alega en la demanda. Este argumento del actor puede subsumirse en el factor de atribución del *riesgo creado*. La lógica que respalda este factor de atribución es que quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione [Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983, p. 43; citado por María Paula Rennella, ^aEl riesgo creado como factor de atribución^o, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., p. 267].

5.11. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el Estado responde por el riesgo excepcional creado en actividades peligrosas. Estas son todas aquellas que, una vez desplegada su estructura o comportamiento, genera más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente [Javier Tamayo Jaramillo, *La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico*, Bogotá: Editorial Temis S. A, 2000, p. 144].

5.12. Una actividad peligrosa, aunque lícita, implica riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños. El peligro puede deberse a una actividad multiplicadora de energía debido a la manipulación de ciertas cosas, o al ejercicio de una conducta específica que lleva implícito el riesgo de producir una lesión o menoscabo porque tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que ordinariamente despliega una persona respecto de otra, dados los instrumentos empleados y sus inciertos efectos [Carlos Mario Molina Betancur y Andrés Armando Ramírez Gómez, ^aEl concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano^o, *Opinión*

Jurídica 5(9), 2006, p. 109].

5.13. Este tipo de actividades requiere que quien la ejecuta o se beneficie de ella tome precauciones para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente un daño, pues la actividad misma -por muy peligrosa que sea- no es de por sí dañosa, aunque potencialmente pueda ocasionar daños. Pese a las precauciones que el agente pueda tomar, la actividad continuará calificando como peligrosa por el riesgo inherente a la naturaleza misma de la actividad o las sustancias que se manipulan y su potencialidad para dañar. El peligro permanece y está latente en cualquiera de las etapas de la actividad [Molina Betancur y Ramírez Gómez, *op cit*, p.112].

5.14. En otras jurisdicciones, la jurisprudencia ha reconocido como actividades peligrosas las siguientes: la manipulación de combustibles y explosivos, el manejo de vehículos terrestres y aeronaves, el manejo de armas de fuego, la vigilancia y seguridad dentro de los establecimientos carcelarios o de rehabilitación de menores, así como de hospitales psiquiátricos [Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de agosto de 1987, Gaceta Judicial 2427, p. 136; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1984, Exp. 2744; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Exp. 7774; STS, 4ª 12.3.1975. París: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique. Rúbrica: Responsabilité sans faute, París, Dalloz, 1994, núms. 84 y ss, citado por Javier Tamayo, La Responsabilidad del Estado, *op. cit.*, p. 151].

5.15. En este caso, la actividad por la cual se habría producido el daño es el trabajo de pintura en la cubierta de la escuela Víctor Albornoz. Por lo cual, primero este tribunal debe establecer si tal actividad califica como peligrosa, de manera que la EMOV haya debido prestar medidas de precaución al actor y deba responder por los daños sufridos por la caída.

5.16. Para el efecto, este tribunal considera preciso remitirse a la Guía para inspectores del trabajo en el sector de la construcción elaborada por la Organización Internacional del Trabajo en 2018. En esta, Nancy Leppink -Jefa Servicio de Administración del Trabajo, Inspección del Trabajo y Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT- dijo que la elaboración de la guía estaba motivada, entre otras razones, por la *“naturaleza altamente peligrosa”* de las operaciones en la industria de la construcción.

También, señaló que las personas involucradas en esas actividades *“a menudo están expuest(a)s a muchos peligros debido a la aplicación inadecuada de medidas de control de riesgo”*. A continuación, en la guía, se explica que una de esas operaciones peligrosas es el *trabajo en altura* que consiste en lo siguiente:

Trabajar en altura significa trabajar a una distancia del suelo tal que, de caer, un trabajador podría sufrir lesiones corporales. Algunos ejemplos de trabajo en altura incluyen: **trabajar en cubiertas**, trabajar en los pisos superiores de un edificio de construcción, trabajar en el nivel del suelo contiguo a una zona excavada y trabajar en escaleras (¼) Muchos trabajadores realizan labores en cubiertas ±ya sea en la instalación especializada de cubiertas nuevas o en las actividades de mantenimiento general± y a menudo suceden accidentes graves o fatales debido a la falta de medidas para prevenir las caídas. (Organización Internacional del Trabajo, Guía para inspectores del trabajo en el sector de la construcción, 2018, recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_625586.pdf , p. 21 y 25)

5.17. Por lo anterior, la actividad de pintura en cubierta califica como trabajo en altura y como tal, es una actividad peligrosa. En el caso que nos ocupa, tal peligro se consolidó cuando el actor cayó desde cuatro metros de altura de la cubierta, como se desprende de la historia clínica que está anexa al informe pericial de Adriana Abad (foja 16). Establecido esto, se sigue que el Estado debía prestar medidas de precaución si el actor se encontraba realizando la pintura de cubierta como parte del trabajo comunitario, bajo las órdenes del EMOV.

5.18. De la copia certificada de la sentencia dictada el 15 de enero de 2018 por el juez de la Unidad Judicial de Cuenca dentro de la contravención No. 2018-00450G, se desprende que la EMOV era la encargada de supervisar el trabajo comunitario del actor:

(¼) al haberse demostrado circunstancias atenuantes, se le reduce la pena a 10 DIAS DE PRIVACION DE LA LIBERTAD. REDUCCION DE 6,66 PUNTO DE LALICENCIA (sic) DE CONDUCIR Y 514,66 DOLARES DE MULTA. Pena

privativa de libertad que se sustituye por 60 HORAS DE SERVICIO COMUNITARIO, de conformidad a lo que dispone el Art. 63 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a la Resolución de la Agencia Nacional de Tránsito, para la Aplicación de Penas Sustitutivas a las Penas Privativas de Libertad, Art. 3 N.-1. **Para el cobro de la multa y el cumplimiento de la suspensión de la licencia y servicio comunitario, se oficiará a la EMOV EP** (fojas 163-164)

5.19. Además, del documento original del *“Registro del personal de penas no privativas de la libertad”* (foja 62), consta que el actor se presentó el 22 de febrero de 2018 para realizar trabajo comunitario en el horario de 10h00 a 15h00; y, del memorando No. EMOV-EP-EDV-2018-0140-MEM (reverso de foja 105), se desprende que el actor debía ser supervisado por Mauricio Segovia de la EMOV.

5.20. Es decir, en ese día y a esas horas, el actor se encontraba en cumplimiento de una pena no privativa de libertad (artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal). Al estar bajo órdenes y supervisión de un agente estatal, el Estado le debía prestar una protección especial para velar por su integridad. Esto tiene fundamento en que el Estado es responsable del sistema de rehabilitación social (artículo 201 de la Constitución) y tiene la posición de garante respecto de quienes se hallan sometidos a privación o restricción de la libertad, a cargo de agentes estatales [Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente del juez Sergio Garcia Ramirez, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 13]. En particular, durante las horas de trabajo comunitario, una persona está cumpliendo una pena, bajo órdenes y supervisión de un agente estatal, aunque no esté privada de su libertad ambulatoria.

5.21. Entonces, a efectos de aplicar este factor de atribución al caso, es necesario que el actor haya probado que la caída sucedió mientras realizaba la actividad peligrosa bajo órdenes y supervisión del Estado, esto es, durante el trabajo comunitario. De otra manera, el presente tribunal carecería de elementos suficientes para atribuir los daños de la actividad peligrosa al Estado, ya que el actor podría haber realizado tal actividad por su propia decisión y bajo su propio riesgo fuera del horario de trabajo comunitario.

5.22. De la copia certificada por el EMOV del *“Registro del personal de penas no privativas de la libertad”* que consta a foja 115, se desprende que el actor compareció el 22 de febrero de 2018 a realizar el trabajo comunitario en el horario de 8h00 a 11h00. No obstante, en el documento original que está a foja 62 del expediente, registra el horario de 10h00 a 15h00. Ante una variación entre el documento original y la copia certificada por la parte procesal que desea beneficiarse de ella, debe prevalecer el original. Es decir, el registro del documento que consta a foja 62.

5.23. De ahí, está el registro de admisión del actor al Hospital Universitario como anexo No. 3 del informe pericial de Adriana Abad Vázquez (foja 16). En este se fijó el 22 de febrero de 2018 a las 13h55 como fecha y hora de la caída del actor. En otras palabras, la caída de Carlos Adrián Romero Larrea se produjo dentro del horario de 10h00 a 15h00, cuando estaba realizando el trabajo comunitario bajo órdenes y supervisión de la EMOV.

5.24. Por lo expuesto, este tribunal tiene suficientes elementos para concluir que el actor sufrió una caída mientras se encontraba realizando una actividad peligrosa (el trabajo en altura) bajo órdenes y supervisión de la EMOV, como parte del cumplimiento de la pena de trabajo comunitario. Por su parte, los demandados no ofrecieron elementos para justificar que el Estado tomó medidas para prevenir o mitigar el peligro de que el actor se lesione por una caída, a pesar de que este es un peligro inherente a la actividad de realizar trabajos en altura.

5.25. En consecuencia, la EMOV puso al actor en una situación de peligro -de manera activa- al permitir que realice un trabajo de altura durante las horas de trabajo comunitario y, a su vez -de manera pasiva- al omitir darle el equipo adecuado para su seguridad. Por lo cual, este tribunal considera que, en este caso, se configura el primer presupuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por el factor de atribución del *riesgo creado*.

ii. El daño y la relación de causalidad

5.26. En esta sección, incumbe revisar si los daños alegados por el actor están probados y son directos, es decir, si existe un nexo de causalidad entre la actividad pública y el daño [Luis Fernando Terner

Barrios y Francisco Ternera Barrios, ^aBreves comentarios sobre el daño y su indemnización^o, *Opinión Jurídica*, Vol. 8, No. 13, p. 102]. Para el efecto, primero se analizarán los daños materiales y después, los morales.

a. Daños materiales

5.27. El actor afirma que los daños materiales, sufridos a raíz de la caída, ascienden a USD 2028.77. Para probarlo, aportó dos informes periciales.

5.28. El primer informe fue elaborado por la perito contable Adriana Abad Vázquez. Tras una revisión de *“los documentos correspondientes a salarios y/o honorarios”* y *“los valores que por concepto de pago de medicinas y medicamentos debió desembolsar el actor”*, la perito concluyó que la EMOV debe pagar al actor USD 2 028.77.

5.29. Ella incluyó los siguientes conceptos: (i) USD 85.00 por la prueba de alcoholemia que la EMOV practicó a Carlos Adrián Romero Larrea cuando fue detenido por la infracción de tránsito; (ii) USD 293.97 por gastos en el Hospital del Río; (iii) USD 9.80 por gastos de medicamentos en la Farmacia San Martín II; (iv) USD 40.00 por gastos de consulta médica con el doctor Hernán Sacoto Aguilar; y, (v) USD 1 600 por ingresos dejados de percibir en un mes sin poder ofrecer servicios profesionales.

5.30. En la sustentación oral de este primer informe (foja 202), el abogado de la EMOV interrogó a la perito y cuestionó dos rubros incluídos en el cálculo. Por un lado, preguntó por qué la perito había tomado en cuenta el valor de la prueba de alcoholemia. A esto, la perito contestó que lo hizo porque ese era un hecho que formaba parte de la línea de sucesos. Por otro lado, el abogado consultó cuál era el respaldo de los ingresos dejados de percibir. Ante esta pregunta, la perito afirmó que el documento constaba como anexo a su informe y pidió el expediente para ubicar la foja. Luego de que le entregó el expediente y se le dio un momento para lo revise, la perito afirmó que tal documento no estaba como anexo al informe pero que cuando había revisado la documentación proporcionada por el actor, había uno que acreditaba que la contratante del actor no le había pagado el mes en que él estuvo reposando y que, de todas maneras, en el expediente se encontraba una copia del contrato de servicios

profesionales del actor.

5.31. El segundo informe pericial, realizado por el médico forense Miguel Méndez Rojas, ofrece un estudio de la situación física y las funciones psíquicas del actor al 5 de marzo de 2018, esto es, al día once de haber sucedido la caída. Ahí, el perito concluyó que el actor se encontraba incapacitado de manera *“ genérica y parcial”* por el lapso de 31 días.

5.32. En la sustentación oral del segundo informe, el abogado de la EMOV interrogó al perito y le pidió que aclare por qué afirmaba que el actor estaba incapacitado por 31 días cuando el médico clínico que lo revisó el día de la caída le dio reposo por 10 días (foja 15 del expediente como anexo al primer informe pericial). A esto, el perito contestó que el médico clínico sólo revisó el cuadro traumatológico presente y no vio las posibles consecuencias renales.

5.33. Con base en estas pruebas, el presente tribunal procederá a analizar cuáles daños están efectivamente probados y son indemnizables en razón de ser ciertos y tener una relación de causalidad con la actividad públicas. Para el efecto, es necesario precisar que la indemnización de daños y perjuicios incluye el daño emergente y el lucro cesante. El primero es el valor económico que salió o saldrá del patrimonio a causa del acto dañino; y, el segundo, el valor económico que no entró o no entrará en el patrimonio del perjudicado [Juan Carlos García Huayama, *“ Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”*, Derecho y Cambio Social (58), 2019, p. 190-191; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 12 de marzo de 2014, juicio 477-2012; sentencia de 17 de marzo del 2014, juicio 764-2012].

5.34. En este caso, la caída del actor provocó lesiones físicas que requirieron que este incurra en gastos para tratarlas, incluyendo medicinas, pruebas dentro del hospital y la consulta con el médico. Es decir, tales egresos constituyen el daño emergente que surge como consecuencia directa de la lesión. Al respecto, el primer informe pericial cuantifica los daños en USD 293.97 por gastos en el Hospital del Río, USD 9.80 por gastos de medicamentos en la Farmacia San Martín II y USD 40.00 por gastos de consulta médica con el doctor Hernán Sacoto Aguilar. Es decir, un total de USD 343.77.

5.35. Dado que la perito hizo una constatación directa de las facturas, este tribunal da por probado esos gastos con el informe pericial. A través de este, los juzgadores conocemos los hechos de forma indirecta al tratarse de materia técnica, en este caso, contable. Si bien los respaldos del informe constan en copias simples, el valor probatorio que se está dando a estos gastos no responden a prueba documental, sino al de la prueba pericial, conforme al artículo 227 del COGEP.

5.36. Fijados los daños que este tribunal considera probados y que son indemnizables, se abordarán aquellos que no se tienen por probados o que, en su defecto, no califican como indemnizables.

5.37. Este tribunal considera que los USD 85.00 de la prueba de alcoholemia no guardan relación con la caída del actor, sino con su detención por la infracción de tránsito que ocurrió con anterioridad a la caída y que no guarda relación con la actividad pública señalada en la sección precedente sobre el factor de atribución. Por lo cual, no existe un nexo de causalidad entre ese gasto y la actividad estatal. En consecuencia, no constituye un daño indemnizable en la presente causa y por tanto, no procede su indemnización.

5.38. Tampoco procede -por falta de prueba- la indemnización por USD 1 600 que, según la perito, el actor habría dejado de percibir en un mes durante su reposo. Es decir, la ganancia frustrada o lucro cesante por la caída. Primero, tal conclusión de la perito carece de respaldo pues, como lo admitió en la sustentación oral del informe, no anexó el documento que habría comprobado que la contratante del actor le dejó de pagar por ese mes.

5.39. Segundo, el supuesto contrato en el que la perito intentó sustentar la frustración de ganancias es el que consta en copias simples de foja 11 a la 14. De la copia, se observa que este documento no consta firmado por las que ahí constan como partes contratantes, por lo cual, la perito no tenía elementos para confirmar que efectivamente existía un contrato por el cual el actor estaba recibiendo algún tipo de ingreso. Además, aún si el documento hubiese estado firmado por las partes, el contrato sería una prueba insuficiente porque sólo demostraría la existencia de un ingreso y no del daño de haber dejado de percibirlo. En este sentido, Javier Tamayo Jaramillo cita a Roger Dalq: *"(1/4) la existencia de un ingreso al momento del hecho lesivo solo sirve para cuantificar el perjuicio, pero es intrascendente en cuanto a la demostración de la existencia del mismo"* [Javier Tamayo Jaramillo,

Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 802].

5.40. Tercero, la perito tomó el parámetro temporal de un mes para calcular la pérdida de ganancia, pero no señaló en qué se basó para ello. Además, aquel parámetro resulta inconsistente con uno de los anexos al propio informe pericial, donde consta la copia simple de un certificado médico a favor del actor por sólo 10 días, no por un mes (foja 15). Por ende, no resuelta coherente que la perito haya calculado el lucro cesante con la base temporal de un mes en lugar de 10 días, pues su respaldo solo le permitía concluir que el actor estuvo reposando por ese tiempo.

5.41. Por todo lo anterior, este tribunal no puede dar por probado el lucro cesante de USD 1 600 con base en el informe pericial. Por último, no se da por probado que el actor haya estado incapacitado durante 31 días. El médico forense Miguel Méndez Rojas dijo en la sustentación oral del informe que había fijado ese tiempo considerando las posibles consecuencias renales de la caída, que -a su criterio- no habían sido tomadas en cuenta por el médico clínico que concedió 10 días de reposo.

5.42. No obstante, el daño indemnizable debe ser cierto, ya sea actual o futuro. Como tal, requiere un elemento de certeza y no, de posibilidad. En este caso, el médico no constató que el actor ya sufría una consecuencia renal como producto de la caída y tampoco, aseguró que la tendría. Únicamente afirmó que tal derivación, era posible. Es decir, dicha condición médica que habría justificado la incapacidad por 31 días no puede calificarse de cierta, por lo cual, impide que este tribunal tenga por probado que el actor estuvo incapacitado por ese periodo de tiempo.

5.43. En virtud de lo expuesto, solo se verifica el daño emergente cuantificado en USD 343.77, dados los gastos incurridos por el actor para el diagnóstico y tratamiento de las lesiones físicas.

b. Daños morales

5.44. Los daños morales son *“ los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión ”*. A efectos de probar este tipo de daños, el

actor puede recurrir a cualquier clase de pruebas: psicológicas, médicas, testimoniales, etc. [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 485 y 807].

5.45. En este caso, el actor afirma que la caída le produjo dolor y secuelas psicológicas que deben ser indemnizadas por la EMOV. Para probar las afectaciones psicológicas, aportó un informe pericial elaborado por el psicólogo clínico Carlos Ochoa Barzallo (fojas 31-39). Este perito valoró al actor el 3 de septiembre de 2018 y concluyó que el actor presentaba un trastorno de estrés pos traumático que generaba *“malestar clínicamente significativo y un deterioro importante en el ámbito laboral, familiar y personal”*. Además, en la sustentación oral del informe, dijo que el tratamiento psicológico que requeriría el actor sería de 3 a 9 meses, en promedio, con una sesión semanal o una cada 15 días.

5.46. Con base en ese informe pericial, este tribunal da por probada la existencia de las afectaciones psicológicas, sufridas por el actor a raíz de la caída. También, da por probado el dolor del actor en función del informe pericial elaborado por el médico forense Miguel Méndez Rojas, pues ahí se señaló que el actor necesitó un *“tratamiento analgésico antiinflamatorio”* (reverso de foja 42).

5.47. En los párrafos precedentes, este tribunal ha constatado la existencia de daños materiales y morales sufridos por el actor, así como su relación de causalidad con la caída de la cubierta, ocasionada por el riesgo creado por el EMOV. Por lo cual, este tribunal corrobora que se cumplen el segundo y tercer presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

iii. La imputación del daño

5.48. En este punto, ya se ha verificado que los daños indemnizables a Carlos Adrián Romero Larrea fueron el resultado del *riesgo creado* por la EMOV y como tal, son imputables a tal entidad. Además, en este caso, la EMOV y la Procuraduría General del Estado no han proporcionado elementos que permitan determinar que los efectos dañosos sufridos por el actor se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, o que fueron producto del hecho de un tercero o de la culpa de la víctima. En consecuencia, también se verifica el cumplimiento de este presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

5.49. Tras haber constatado que se cumplen los cuatro presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado, procede una indemnización de daños y perjuicios a favor del actor. Esta será cuantificada a continuación.

2. La cuantificación de daños

5.50. Los daños materiales fueron cuantificados en USD 343.77. La justificación para ello consta desde el párrafo 5.27 hasta el 5.43 *supra*. Por ende, solo resta que este tribunal cuantifique el daño moral. En vista de que no existen normas que asignen y predeterminen montos de indemnización por daños morales, este tribunal puede aplicar la equidad natural, casos análogos y principios del derecho universal, conforme los numerales 6 y 7 del artículo 7 del Código Civil, en concordancia con el artículo 4 de dicho cuerpo normativo. Además, se emplearán los criterios señalados en los párrafo 4.37 y 4.38 *supra* para tener parámetros objetivos con los cuales este tribunal pueda graduar la correspondiente indemnización.

5.51. En la especie, el primer bien extrapatrimonial afectado es la sensación de bienestar físico. A raíz de la caída, el actor experimentó dolor. Su duración se fijará en 10 días que fue el tiempo de reposo que le concedió el médico clínico que revisó al actor el día de la caída.

5.52. Ese parámetro temporal es menor al que afirmó la parte actora en su demanda, quien señaló 31 días con base en el informe pericial del médico forense Miguel Méndez Rojas, pero los motivos por los cuales no se tiene por probado ese tiempo ya fueron expresados en los párrafos 5.41 y 5.42 *supra*. Además, el tiempo de reposo de 10 días, concedido por el médico clínico, no fue discutido por la EMOV. Por el contrario, su abogado aceptó el hecho de que esa fue la medida temporal concedida por el médico al momento en que interrogó al médico forense Miguel Méndez Rojas y cuestionó porqué en el informe daba más días de reposo de los 10 que había otorgado el clínico.

5.53. Por eso, la duración del dolor se fijará en 10 días. Ahora, en cuanto a la intensidad de este, se observa lo siguiente:

1. Al momento de la caída, el dolor experimentado por el actor debió haber sido intenso, pues descendió desde la altura de una cubierta y cayó sobre las extremidades de una banca metálica que estaba volteada. Esta apreciación del tribunal se basa en una máxima de la experiencia: un golpe produce dolor al hombre promedio. En este caso, ese dolor debió ser grave porque el golpe, al ser desde la altura de una cubierta, implica la fuerza de la gravedad y el peso del actor. Además, el punto de caída no fue una superficie acolchonada, inflable o una red de protección, sino una banca metálica.

2. El actor recibió tratamiento médico para sus lesiones físicas el mismo día. Es decir, desde ese momento hasta la finalización de los 10 días, estuvo medicado con analgésicos. Por lo cual, el dolor tuvo que haberse reducido progresivamente. Esto también se basa en una máxima de la experiencia: los medicamentos analgésicos están destinados a aliviar e incluso suprimir el dolor. Entonces, el dolor experimentado por el actor -desde que recibió atención médica al día 10 del tratamiento- tuvo que haber variado de un nivel moderado a leve, hasta inexistente.

5.54. Además, de los criterios de duración e intensidad del dolor experimentado por el actor, el presente tribunal estima importante resaltar que *“la reparación en dinero podría aumentar teniendo en cuenta la intensidad del dolor sufrido y según las modalidades del hecho y el estado económico del demandante, pues, ante una mayor indemnización monetaria, este podrá aliviarse en mayor grado de sus aflicciones”* [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 493].

5.55. Bajo esa idea y considerando que no se tienen elementos para medir los ingresos del actor (párrafos 5.38 al 5.40 *supra*), es razonable considerar que si el salario básico mensual de 2018 (USD 386) podía proporcionar un estándar de sobrevivencia a una persona, un valor superior a ese, proporcionaría recursos económicos para que una persona se procure medios de satisfacción personal, distintos a las necesidades básicas [Acuerdo MDT-2017-0196, Suplemento R.O. 154, 5 de enero de 2018]. Entonces, por cada día que el actor experimentó dolor, merece una indemnización proporcional

a su dolor, es decir, un día de salario básico (USD 12.86 aproximadamente) más un recargo adicional, que le permitiera gozos más allá de las necesidades.

5.56. Ante un dolor intenso, el actor debe recibir una indemnización significativa para aliviar su aflicción; y, ante un dolor moderado a leve, una indemnización que, en esa misma medida, le permita superar su dolencia. El primer día de los diez se toma como aquel en el que el actor experimentó un dolor intenso porque en ese sufrió la caída. Progresivamente, el dolor decreció hasta desaparecer. Así, el **día 1 de dolor** debe tener un recargo del 100% respecto de un día de salario básico, aplicando el 100% como máxima expresión matemática, en vista de que se trata de la intensidad más alta de dolor.

5.57. Son nueve días restantes de dolor, por lo cual, el recargo del 100% debe reducirse gradualmente hasta llegar a cero, cuando ya no exista dolor. Matemáticamente, cada día de dolor después del primero debería expresarse como una reducción sucesiva de 10 puntos porcentuales en el recargo (100% dividido para 10 días). De esta manera, luego de haber transcurrido los 10 días, el recargo sería igual a 0% al igual que el dolor del actor. En detalle, la indemnización del actor sería la siguiente:

- Día 1: USD 25.73 (un día de salario básico más un recargo del 100%)
- Día 2: USD 24.44 (un día de salario básico más un recargo del 90%)
- Día 3: USD 23.16 (un día de salario básico más un recargo del 80%)
- Día 4: USD 21.87 (un día de salario básico más un recargo del 70%)
- Día 5: USD 20.58 (un día de salario básico más un recargo del 60%)
- Día 6: USD 19.30 (un día de salario básico más un recargo del 50%)
- Día 7: USD 18.01 (un día de salario básico más un recargo del 40%)
- Día 8: USD 16.72 (un día de salario básico más un recargo del 30%)
- Día 9: USD 15.44 (un día de salario básico más un recargo del 20%)
- Día 10: USD 14.15 (un día de salario básico más un recargo del 10%)

5.58. En total, el actor merece una indemnización de USD 199.40 por el dolor físico sufrido a raíz de la caída. Establecido esto, es necesario que el tribunal cuantifique la indemnización por las secuelas psicológicas, que es el otro bien extrapatrimonial afectado.

5.59. En este punto, vale precisar que sólo se cuantificarán los daños morales de esa afectación, pues el costo de un tratamiento psicológico, aunque podía estimarse como un daño material susceptible de ser indemnizado en el marco del daño emergente, esto no fue solicitado por el actor en su demanda. Entonces, en virtud del principio dispositivo y la congruencia que debe guardar una decisión jurisdiccional con el objeto de la litis, no procede que este tribunal conceda cuestiones distintas, ni adicionales a las reclamadas por el actor en su demanda.

5.60. Precisado lo anterior, es necesario fijar la temporalidad e intensidad de las secuelas psicológicas como parámetros objetivos para cuantificar el daño moral. Para el efecto, se debe revisar el informe de evaluación psicológica que practicó Carlos Ochoa Barzallo. Esta fue realizada en septiembre, es decir, al sexto mes de la caída; y, para ese momento, el perito determinó que el actor aún sufría de ansiedad *“clínicamente significativa”* y que, además, necesitaría un tratamiento psicológico que podría variar entre 3 a 9 meses.

5.61. Por lo cual, la duración de la afectación se fija en 12 meses (6 meses que ya habían transcurrido desde la caída hasta la valoración, más otros 6 meses que es la mediana entre 3 y 9 meses del tratamiento). Su intensidad fue advertida por el perito como *“Ansiedad Moderada, dividida esta en 10ptos síntomas de una ansiedad Física y 12ptos Ansiedad Psíquica, calificaciones que denotan la importante presencia de síntomas de ansiedad, no correspondientes a parámetros de normalidad”* y un *“estado emocional negativo persistente”* (fojas 32 y 33).

5.62. Bajo ese contexto, el presente tribunal estima que la ansiedad del actor persistió durante 12 meses, impidiéndole disfrutar de la vida cotidiana por tener sueños y recuerdo angustiosos, además de un estado negativo de ánimo. En razón de ello, merece una indemnización proporcional a un valor que, en ese tiempo, le hubiese ayudado a procurarse satisfacciones para superar su aflicción. En

equidad, se fija la indemnización en la mitad de 12 salarios básicos unificados de USD 386 mensuales, conforme estaba vigente al 2018. En otras palabras, un total de USD 2 316 por las secuelas psicológicas de la caída.

5.63. En este caso, el presente tribunal considera que un excedente en los ingresos del actor por medio salario básico unificado mensual hubiera permitido que este se procure ciertos placeres para compensar su ansiedad. Además, se ha usado el parámetro dinerario del salario básico mensual porque, como se dijo anteriormente, no se tenían medios para medir los ingresos del actor. Se sabe que los tenía porque aquello va implícito en su alegación de la *pérdida de ganancias* como consecuencia de la caída, pero en defecto de pruebas para determinar tales ingresos, se ha acudido al general *ÁtandardÁde vida*. Al final, sería *“ injusto e inequitativo no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible”* [Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, *op. cit.*, p. 821].

5.64. Por las consideraciones señaladas en los párrafos precedentes, la indemnización que corresponde al actor en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños materiales y morales sufridos, es de USD 2 859.17.

VI. Decisión

6.1. 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, **acepta** el recurso de casación interpuesto por la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP y por lo tanto decide **casar** la sentencia dictada el 29 de enero de 2020 a las 12h13 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca.

6.2. En virtud del artículo 273.4 del COGEP y en relación a los méritos del caso, se **acepta parcialmente** la demanda de Carlos Adrián Romero Larrea y se dispone que la EMOV pague al actor una indemnización de USD 2 859.17 por daños materiales (USD 343.77) y morales

(USD 2 316 más USD 199.40). Se rechazan las costas y honorarios por no configurarse los presupuestos del artículo 284 del COGEP. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 8 de septiembre del 2021, las 10h58. *VISTOS:* Por disentir de la mayoría, de conformidad con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, me aparto del criterio de mayoría y emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa, concuerdo con la construcción jurídica que consta en la sentencia de mayoría sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que se evidencia el cumplimiento de sus requisitos, a saber: **(i)** factor de atribución en la categoría del riesgo creado, **(ii)** nexo de causalidad de la actividad pública y el daño causado y **(iii)** la imputación del daño; y, en consecuencia, la entidad pública está en la obligación de indemnizar los daños causados; sin embargo, disiento de la sentencia de mayoría toda vez que la indemnización a reconocerse debió calcularse de la siguiente manera:

Daños materiales: Su duración se fijará en 10 días que fue el tiempo de reposo que le concedió el médico clínico que revisó al actor el día de la caída. Se tomará para la base del cálculo la remuneración básica unificada de aquel año, esto es, USD 386 de los Estados Unidos de América. Dicho rubro se dividirá para 30 días y se multiplicará por los 10 días que estuvo en reposo, lo que nos da un total de: **CIENTO VEINTE Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (USD. 128.66), COMO DAÑO MATERIAL.**

Daño moral: Se desprende del expediente, la evaluación psicológica que practicó Carlos Ocho Barzallo, en el que el perito determinó que el actor aún sufría de ansiedad ^a clínicamente significativa^o y que, además necesitaría un tratamiento psicológico que podría variar entre 3 a 9 meses. Su intensidad fue advertida por el perito como *“Ansiedad Moderada, dividida esta en 10 ptos síntomas de una ansiedad Física y 12 ptos Ansiedad Psíquica, calificaciones que denotan la importante presencia de síntomas de ansiedad, no correspondientes a parámetros de normalidad y un estado emocional negativo persistente.”*

En esta línea, y sobre la base de la evaluación psicológica se puede concluir que el actor:

1. Necesitará un tratamiento psicológico por 12 meses. Para su cálculo, tomaremos la remuneración básica unificada de aquel año, esto es, 386 dólares americanos multiplicados por los 12 meses de terapia. Entonces: 12 meses por 368 dólares nos da un total de **CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 4416)**.
2. Es preciso indicar que este valor tiene relación con el tratamiento que el actor deberá seguir para retomar su habitual ritmo de vida. Por otra parte, también es necesario tomar en cuenta la sensación de angustia, miedo, sufrimiento o padecimiento síquico, estrés, sensación anímica de inquietud y estado emocional negativo persistente que el actor, pese al tratamiento psicológico, seguirá padeciendo. Por esta razón, y bajo parámetros de equidad, se reconoce además **CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 4416)**.
3. Por lo tanto, la indemnización por el **DAÑO MORAL** asciende a la cantidad de **OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 8832)**.

En virtud del artículo 273.4 del COGEP y en relación a los méritos del caso, se acepta parcialmente la demanda de Carlos Adrián Romero Larrea y se dispone que la EMOV pague al actor una indemnización de **OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (USD 8960,66)** por daños materiales y morales. Se rechazan las costas y honorarios por no configurarse los presupuestos del artículo 284 del COGEP. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

NADIA
FERNANDA
ARMIJOS
CARDENAS

Firmado digitalmente
por NADIA FERNANDA
ARMIJOS CARDENAS
Fecha: 2023.12.13
12:05:30 -05'00'



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.