

REGISTRO OFICIAL[®]
ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSOS DE CASACIÓN
AÑO 2020:

**J01803-2018-00180, J11804-2018-00018,
J01803-2017-00285, J18803-2016-00156,
J09802-2016-00169, J17811-2017-00374,
J18803-2017-00297**

FUNCIÓN JUDICIAL

126879938-DFE

Juicio No. 01803-2018-00180

Resolución No 350-2020

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, viernes 3 de julio del 2020, las 09h35. **VISTOS:**

1.-- **AVOCO.** (i) El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. (ii) El conjuez nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. (iii) El conjuez nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. En consecuencia, actúan en la causa el Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y los Jueces Nacionales (encargados) Dres. Patricio Secaira Durango (ponente) e Iván Larco Ortuño.

2.- ANTECEDENTES.-

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, con fecha 4 de febrero de 2019, las 11h57, dicta sentencia dentro del juicio No. **01803-2018-00180**, promovido por el ciudadano Diego Gustavo Vélez Serrano, en contra de la Empresa Eléctrica Azogues C.A., en la cual se acepta parcialmente la demanda, se declara nula el acta final del concurso vierto para llenar la vacante de administrador del parque automotor de la mencionada empresa, con las consecuencias que genera la misma; sin que corresponda declarar la nulidad del correo electrónico de 8 de febrero de 2018 emitido por el Jefe de Talento Humano de la empresa demandada, por no haber sido demostrado a través de prueba válida; debiendo la entidad demandada resolver lo que sea pertinente respecto de la convocatoria a un nuevo concurso.

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
PATRICIO ADOLFO
SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL
C=QUITO
CE=QUITO
0004396239
0200419075

2.2 El recurso de casación ha sido propuesto por la Empresa Eléctrica Azogues C.A., en contra de la sentencia citada, acogiendo a la a) causal quinta del artículo 268 del COGEP, por (i) aplicación indebida del artículo 226 de la Constitución; (ii) Errónea interpretación de la disposición transitoria 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; (iii) Aplicación indebida del artículo 24 del ^aManual de Clasificación y Valoración de Puestos y Escala Salarial de la Empresa^o; y, b) a la causal primera del mismo artículo por aplicación indebida de del artículo 326.1 del COGEP. Recurso que ha sido calificado por el Tribunal de Instancia, conforme lo ordenado en el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos, remitiéndose el proceso a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia para el análisis de admisibilidad.

2.3 Mediante auto interlocutorio expedido por el Conjuetz Nacional, el 9 de septiembre de 2019, se ha admitido el recurso de casación, en lo relacionado a los cargos relativos al caso quinto, por errónea interpretación de la disposición transitoria 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y, por aplicación indebida del artículo 24 del ^aManual de Clasificación y Valoración de Puestos y Escala Salarial de la Empresa.

2.5 En auto de sustanciación de 28 de enero de 2020, se ha señalado para el día jueves 12 de marzo de 2020 a las 10h30, para que tenga lugar la audiencia de sustanciación del recurso; la cual se efectuó en ese mismo día y hora, con la presencia de la casacionista; toda vez que la parte actora del juicio de instancia no concurrió a la diligencia, a la cual solo se presentó su defensa técnica sin procuración judicial, por lo que no pudo intervenir en la misma.

3. JURISDICCION Y COMPETENCIA:

3.1.- Esta Sala Especializada es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 y la Resolución N° 009-2018 de 23 de enero del 2018, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: Resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero del 2018; y, 002-2018 de 01 de febrero de 2018, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y, en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.

4. VALIDEZ PROCESAL

4.1.- No se observa de la sustanciación del proceso, en lo relacionado al trámite del recurso de casación en estudio por esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, omisión de solemnidad o procedimiento alguno que lo haya viciado; en consecuencia, al no existir nulidad que lo afecte, se declara su validez.

5. CONVOCATORIA Y AUDIENCIA

En el desarrollo de la Audiencia oral de sustentación del recurso de casación, comparecieron y fue escuchada la casacionista Empresa Eléctrica de Azogues C.A.; toda vez que la parte actora del juicio de instancia no concurrió a la diligencia, a la cual solo se presentó su defensa técnica sin procuración judicial, por lo que no pudo intervenir en la misma.

La casacionista, en su exposición manifestó que: Que se ratifica en la fundamentación expresada en el contenido de su recurso de casación escrito. Afirma que la Empresa, no es una entidad pública, sino una compañía anónima. Que la sentencia confunda a la Disposición transitoria 2.2.1.5 como disposición procesal, siendo como es, una norma de derecho sustantivo. Que el Tribunal Distrital que emitió la sentencia es incompetente para conocer los conflictos que corresponden a asuntos relativos a empresas privadas.

6. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico que corresponde a esta especie consiste en determinar si la sentencia atacada, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, con fecha 4 de febrero de 2019, dentro del juicio No. **01803-2018-00180**, promovido por el ciudadano Diego Gustavo Vélez Serrano, en contra de la Empresa Eléctrica Azogues C.A., incurre o no, en los vicios que contiene la causal quinta del artículo 268 del COGEP, en lo relacionado a los vicios por los que el recurso ha sido admitido por el Conjuez Nacional.

7. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CASACIÓN. PLANTEAMIENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO Y DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.

7.1 El recurso de casación, desde la visión de la doctrina jurídico-procesal en concebido como un recurso extraordinario, formal y de alta técnica jurídica, al efecto, Hernando Devis Echandía, explica que: ^a (1/4) Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio (1/4).^o (Hernando Devis Echandía, ^a Nociones Generales de Derecho Procesal Civil^o pág. 797); así mismo, Jaime Guasp señala que: ^a (1/4) La casación se concibe como un recurso donde se plantean estrictamente cuestiones de derecho, y no cuestiones de hecho, es decir, que se trata de un proceso de impugnación destinado a rescindir un fallo judicial por razones estrictamente jurídicas, y no por razones fácticas, por lo que, quedarían fuera de la casación todas aquellas motivaciones que pretendieran la eliminación, sustitución del fallo impugnado a base de su desajuste con los hechos. La casación se perfila así como una figura de significado netamente jurídico, porque solo las cuestiones jurídicas tendrían acceso a ella, lo cual limitaría,

extraordinariamente y significativamente, su concepto (1/4)° (Juan Isaac Lovato Vargas citando a Jaime Guasp en, Programa Analítico del Derecho Procesal, Quito: Corporación Editorial Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, 148).

Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica de la Casación, señala que: “(1/4) *El recurso de casación es extraordinario, discrecional, reglado y taxativo. Pretende quebrar, anular y romper una sentencia o auto, violatorios de la ley sustancial (errores in iudicando) o de la ley procesal (errores in procedendo) (pág. 13). De la Rúa señala que: “(1/4) la casación es un verdadero y propio medio de impugnación, un recurso acordado a las partes en el proceso, bajo ciertas condiciones, para pedir y obtener el reexamen de las sentencias desde el punto de vista de su corrección jurídica (1/4)° (De la Rúa, Fernando. El recurso de casación en el derecho positivo argentino, Editorial V. P. de Zavalla, Buenos Aires, 1986, pág. 50).*

7.2 Las opiniones doctrinales transcritas, han sido recogidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia y luego, por las de la Corte Nacional de Justicia, ratificando la característica de extraordinario del recurso de casación, ya que éste no es un recurso propio de algún nicho procesal instancial; su estructura teleológica, le permite apartarse del proceso judicial ventilado ante los juzgadores de instancia, para permitir a la parte que estime agraviados sus derechos, interpelar la sentencia o auto, cuando considere que esa decisión judicial contiene vicios que afecten su legalidad; por ello es que se estima que en realidad la casación es un proceso judicial en sí, orientado a destruir la presunción de legalidad del auto o sentencia de la que se ha recurrido; para que, si el Tribunal de Casación determine la existencia de los vicios acusados, invalidando la decisión atacada, pueda emitir un nuevo fallo ajustado a derecho; o, de ser el caso remitir nuevamente el proceso al juzgador de instancia para que emita la decisión ajustada a derecho.

Ha de tenerse presente que, el recurso de casación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, (R.O. 100, 3/VII/1997, p. 16)^a [1/4] es una fase procesal de naturaleza diferente a las restantes, que tiene un solo objetivo, impugnar la sentencia o auto recurrido, variando en consecuencia las motivaciones de la controversia, que ya no es la pretensión del actor y la contradicción del demandado, sino la pretensión del recurrente de alcanzar que se invalide el fallo por considerar que en el mismo se ha violado la ley. Es pues una nueva acción, semejante a una demanda y que tiene el carácter de extraordinario y excepcional, es casuístico y formalista, y si no se cumplen con los requisitos señalados en la ley de la materia, el recurso es improcedente..°.

7.3 Es en todo caso, la interposición del recurso, es un acto volitivo de la parte que estima que el auto o sentencia tiene alguno de los vicios que la Ley, únicamente ella, establece de modo riguroso y limitado como causas que posibilitan al Tribunal de Casación, dejar sin efecto la decisión judicial

interpelada. Su estricta formalidad determina que la técnica jurídica para su éxito procesal sea de tal manera exigente, que los defectos u omisiones de su interposición, determinen, que en las fases respectivas, pueda ser descalificado (por razones de oportunidad), inadmitido (por falencias en sus requisitos de forma); o, desechado cuando esas defecciones sean de fondo, que no permitan un pronunciamiento de mérito, o cuando en su esencia sea improcedente.

Igualmente, la casación es un medio jurisdiccional indispensable para consolidar las decisiones judiciales, uniformándolas en el evento de que sean aplicables a casos idénticos o similares. La uniformidad de la jurisprudencia, contribuye, sin lugar a dudas a viabilizar la seguridad jurídica, prevenida como principio sustancial en el artículo 82 de la Constitución de la República; principio que, por medio de este recurso, protege la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico y los derechos de las personas, estableciendo interpretaciones correctas y adecuadas de la norma jurídica, material o procesal.

8. ANALISIS DEL CASO:

8.1 La causal invocada, esto es, la contenida en el numeral quinto del artículo 268 del COGEP, establece como causales de casación los siguientes vicios:

^aCuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto^o.

Yerros de los cuales se ha admitido solo los relacionados a la errónea interpretación de la disposición transitoria 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y, por aplicación indebida del artículo 24 del ^aManual de Clasificación y Valoración de Puestos y Escala Salarial de la Empresa; los cuales se pasa a analizar:

8.2 Sostiene el recurrente que la sentencia interpelada incurre en el yerro de **errónea interpretación** de la disposición transitoria 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; cuando afirma que el Tribunal confunde el carácter de una norma de derecho sustantivo como es la norma transitoria infringida, con las normas procesales, ya que en tal artículo se ordena que, durante el régimen de transición, las empresas eléctricas que habían sido constituidas como sociedades anónimas continuarán regulándose por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de carácter societario; añadiendo que para los demás casos, como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento, se observarán las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Que, las normas que fijan la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso

Administrativo, para realizar el control de legalidad de las resoluciones de la administración pública y resolverlas, están previstas en la Ley Orgánica de la Función judicial y en el COGEP, sin que en ellas conste competencia para resolver los asuntos relativos a las resoluciones internas de estas empresas aun en el caso de que tengan la totalidad de su capital como público. Que el COGEP en su artículo 326 no establece competencia no trae ninguna que les permita decidir sobre resoluciones que adopten las compañías en su régimen interior.

La causal invocada contiene los llamados vicios in iudicando, que hacen relación a la violación directa de normas de derecho sustantivo, entendidas como aquellas que establecen o conceden derechos o determinan obligaciones que deben ser cumplidas por las personas, sea mandando, permitiendo, prohibiendo o limitando algo; distintas ciertamente a las normas adjetivas, que son aquellas que en cambio, establecen los medios para que las normas sustantivas sean efectivas, por eso se las llama también normas procesales o instrumentales.

De este modo, si se analiza la norma que habría sido erróneamente interpretada tenemos que la disposición transitoria 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no crea en realidad derecho ni impone obligación material alguna; sino que establece un régimen temporal para instrumentar la adecuada aplicación de la Ley Orgánica a la que pertenece la norma, consecuentemente se trata de una disposición claramente procesal, la cual no puede ser alegada como infringida en la causal escogida por la casacionista.

Más allá de ello, debe señalarse que para que opere la causal de errónea interpretación, debe establecerse con precisión, cuál es la interpretación que, respecto de la disposición jurídica, siempre que sea sustantiva, ha realizado el juzgador de instancia, informando la parte de la sentencia en que se hace esa interpretación, formulando las razones o condiciones por las cuales en el fallo, se ha efectuado aquella; solo luego de ello es factible que el casacionista explique el por qué no correspondía realizarse esa interpretación, para finalmente, fundamentar cuál es la interpretación que correspondía al caso y las reglas de aplicación de ese método, ajustando esa fundamentación al sentido que el legislador quiso dar a la norma; lo cual en el caso no se encuentra en la formulación escrita del recurso, como tampoco en la sustentación oral hecha en la audiencia respectiva.

Situaciones, las descritas que imposibilitan la procedencia del recurso de casación por esta causal y yerro.

8.3 Asegura la casacionista que la sentencia interpelada está afectada del yerro de **aplicación indebida** del artículo 24 del ^a Manual de Clasificación y Valoración de Puestos y Escala Salarial de la Empresa; cuando en su parte al referirse a esa norma, señala que en lo referente a la selección de personal, debe conformarse una comisión integrada por las personas allí indicada; en la cual no se

contó con el representante del comité de empresa y tampoco el Ing. Xavier Cárdenas, como Jefe de Talento Humano y como Director del Área. Que no existe esa disposición jurídica del supuesto manual al que se refiere la sentencia, pues seguramente los jueces se refieren al artículo 24 del Reglamento de Escalafón de la Empresa, en el que se señala que la comisión para el caso de los concursos internos, no para los abiertos, se integra por el Gerente, el Jefe de Personal, el Director del Área correspondiente y el representante del comité de empresa.

La indebida aplicación, en la causal invocada, hace relación a una norma sustantiva; mas, la disposición alegada como aplicada incorrectamente, sea que pertenezca al manual al que se refiere la sentencia, como informe el recurrente; o, al Reglamento que indica el casacionista, son en realidad normas procesales de integración de una comisión encargada de tramitar el respectivo concurso de merecimientos y oposición; ya que no establecen derecho ni imponen obligaciones; por tanto no pertenecen al ámbito que la causal invocada encierra. Adicionalmente a ello no se explica en la sustentación del recurso, como exige la causal, la trascendencia determinante, del yerro en la parte dispositiva del fallo materia del recurso; omisiones que hacen que el recurso, por este extremo, sea improcedente.

9.- DECISION: Con sustento en las consideraciones expuestas, y, en acatamiento a lo que ordena el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechazando el recurso de casación examinado, **NO CASA** la sentencia recurrida por la Empresa Eléctrica de Azogues. Sin costas. Comuníquese, publíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de instancia.

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

127234441-DFE

Juicio No. 11804-2018-00018

Resolución No 374-2020

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO.** Quito, miércoles 8 de julio del 2020, las 16h27.

VISTOS:

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **11804-2018-00018**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia de la Jueza Nacional abogada Cynthia Guerrero Mosquera ; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjueces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; Conjueces que avocamos conocimiento de la presente causa; la cual se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, expidió sentencia, dentro de esta causa signada con el No. **11804-2018-00018**, el jueves 27 de diciembre de 2018, las 11h38, juicio promovido por la ciudadana Verónica Mercedes Ruilova Prieto, en contra de la Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado, en la cual se ha resuelto: "...acepta la demanda y declara nulo el oficio No. 00708-DRR de 22 de agosto de 2017, emitido por la Directora de Recursos de Revisión de la Contraloría General del Estado, en el que se niega la concesión del recurso de revisión planteado por la actora. Declara también nula la Resolución No. 8741 del 7 de noviembre de 2016 emitida por el Director de Responsabilidades del mismo Ente de

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
C=ECUADOR
E=patricio.secaira.durango@cnj.gob.ec
O=CONSEJO DE LA JUDICATURA
OU=CONSEJO DE LA JUDICATURA
CN=CONSEJO DE LA JUDICATURA

Control, en contra del accionante. Este fallo surte efecto exclusivamente en lo que atañe a la demandante.- Sin costas ni honorarios que regular.- HÁGASE SABER°.

2.2 La Procuraduría General del Estado, ha propuesto recurso de casación en contra de la mencionada sentencia de instancia por las causales primera y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

2.3 La Contraloría General del Estado promueve recurso de casación interpelando la sentencia de instancia, al amparo de las causales primera y quinta del artículo 268 del COGEP.

2.4 El Conjuerz Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 23 de abril de 2019, las 09h42, admitió el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, exclusivamente en cuanto a la causal primera, por el yerro de falta de aplicación del artículo 87.1 del COGEP. Respecto del recurso interpuesto por la Contraloría General del Estado, el Conjuerz Nacional lo admite, por el caso quinto, respecto de la indebida aplicación de los artículos 56 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; así como por la misma causal, por errónea interpretación de los artículo 53 y 85 de la LOGGE; y, por la causal primera, por falta de aplicación del artículo 87.1 del COGEP.

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

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN

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

La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de

casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (*Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015*).

6.- DECISIÓN DEL JUEZ DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó que: ^a 8.3 (¼) la parte actora alega que la facultad que tuvo la Contraloría General del Estado para determinar las responsabilidades civiles que objeta, ha caducado por cuanto la resolución que las determina se ha expedido cuando ha rebasado el plazo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, asunto que debe ser abordado con prioridad a fin de establecer si existe vulneración del debido proceso. Para resolver tal argumento, conviene precisar los antecedentes fácticos para confrontarlos con la normativa legal. En la especie, se evidencia que el oficio No. 567 del 30 de abril de 2015, que contiene la predeterminación civil culposa en contra de la ahora actora, ha sido notificado el 08 de mayo de 2015; en tanto que la Resolución de determinación civil culposa No. 8741 de 07 de noviembre de 2016 ha sido notificada al accionante el 05 de diciembre de 2016. Tomando en cuenta la fecha de notificación al ahora actor con la predeterminación de responsabilidad civil culposa (08 de mayo de 2015) y la fecha de notificación con la Resolución que la confirma (05 de diciembre de 2016), se establece que han superado en exceso el plazo legal para hacerlo. Refiere en su numeral 8.4., lo que disponen los artículos 211, 212 y 226 de la Constitución de la República, que respectivamente, fijan las atribuciones de la Contraloría General del Estado, y consagran el principio de legalidad; refiere en el mismo contexto las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que ordena: ^a Art. 72.- Declaratoria de la caducidad.- En todos los casos, la caducidad será declarada de oficio o a petición de parte, por el Contralor General o por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, según se hubiere presentado el reclamo como acción o como excepción°. La sentencia recurre a pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (Resolución Nro. 816-2016 del 05 de julio del 2016, Recurso de Casación Nro. 257-2012) que señala: ^a En la sentencia de instancia citada en el punto 1.1 de este fallo se señaló que en el presente caso se impugna la Resolución N° 2435 de 28 de julio de 2010, notificada el 30 de agosto de 2010, mediante la cual la Contraloría General del Estado, confirma la glosa establecida en contra (¼). Dicha resolución se la emitió como consecuencia del examen especial a las cuentas Disponibilidades, Inversiones en Bienes de Larga Duración y Especies Valoradas Emitidas en la Gobernación Provincial de Loja (¼), hechos de los cuales se verifica que ha transcurrido el plazo de 5 años establecido en el artículo 71 de la LOCGE para ratificar la glosa establecida en contra del señor (¼). Por otro lado, a fojas 309 del proceso consta el oficio DIRESDDR 20345 de 11 de julio de 2006 mediante el cual la

Contraloría General del Estado le comunica al señor (¼) la predeterminación de glosa en su contra, concediéndole el plazo de sesenta días para que ejerza su derecho a la defensa, caso contrario se expedirá la resolución que corresponda. Como se mencionó anteriormente la Resolución N° 2435 que confirmó la glosa (¼) se expidió el 28 de julio de 2010, y fue notificada el 30 de agosto de 2010, esto es fuera también del plazo de ciento ochenta días establecido en el artículo 56 de la LOCGE. (¼) De lo expuesto en el numeral anterior, se desprende que ha operado la caducidad para pronunciarse por parte de la [C]ontraloría [G]eneral del [E]stado, ya que por el transcurso del tiempo establecido en la ley, esto es el plazo general de 5 años, Y TAMBIÉN EL ESPECÍFICO DE 180 DÍAS, RESPECTIVAMENTE, PERDIÓ LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TIEMPO, y conforme lo dispone el artículo 72 de la LOCGE la caducidad puede ser declarada por la misma Contraloría General del Estado o por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo como ha sucedido en el presente caso. Por tanto no se verifica la indebida aplicación de los artículos 56, 71 y 72 de la LOCGE dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y por ende se rechazan los vicios alegados por la institución casacionista°. ^a Así también, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en un caso similar se ha pronunciado así: <<5.1.2. Sobre esta alegación, la sentencia del Tribunal A quo en su numeral 7.2. señala que: ^a¼ El texto de la ley es claro en determinar que la denegación tácita opera únicamente sobre una resolución que resuelve el recurso de revisión, que se constituye en el mecanismo de impugnación en sede administrativa, y que cabe solamente para el caso de determinación de responsabilidad civil, Por lo anotado resulta incontrovertible que esta disposición no es aplicable al acto administrativo de predeterminación que lo antecede, como así lo ha alegado la entidad accionada.º. 5.1.3. Del artículo antes transcrito, se puede inferir sin lugar a dudas que efectivamente como bien lo sostiene el Tribunal A quo en su sentencia impugnada, que el mismo es aplicable solo cuando se va a impugnar o recurrir a la resolución de determinación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, y no como sostiene el recurrente que dicha denegación tácita cabe también en cualquier resolución incluida la de predeterminación. En la especie y partiendo de los hechos probados por el Tribunal de instancia, se constata que efectivamente los accionantes no han presentado algún recurso o reclamo administrativo para impugnar la Resolución de determinación de responsabilidad civil culposa, ya que en primer lugar se estableció la predeterminación civil culposa notificadas el 27 de marzo de 2014 mediante oficios Nos. 0097, 0098 y 0101 DR4-DPZCH-J de 12 de marzo de 2014, y en segundo lugar, dicha predeterminación fue ratificada mediante Resolución de determinación culposa No. 7900 de 12 de mayo de 2016 y notificada los días 21, 23 y 28 de septiembre de 2016 respectivamente a los accionantes. Por lo expuesto, no se verifica que el Tribunal de instancia haya interpretado erróneamente la norma legal alegada, por tanto se rechaza el recurso por este extremo. Y por otra parte, esta Sala Especializada concuerda como efectivamente señala el

Tribunal A quo que conforme lo dispone el artículo 72 de la LOCGE la caducidad puede ser declarada por la misma Contraloría General del Estado o por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo como ha sucedido en el presente caso, lo cual ocasionó que la Resolución impugnada No. 7900 de 12 de mayo de 2016 sea nula por falta de competencia en razón del tiempo>>. (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Resolución Nro. 1321-2017 del 12 de diciembre de 2017). (¼) 8.5. Lo dicho nos conduce a la inequívoca conclusión que actuar fuera del tiempo fijado en la norma procedimental ocasiona que el acto administrativo sea nulo por falta de competencia de la autoridad que lo dictó(¼). Tal situación debió ser advertida por el Ente del Control al momento de la instauración del recurso de revisión, tornando tal omisión en falta de motivación del oficio No. 00708-DRR del 22 de agosto de 2017, cuando tuvo la oportunidad de aplicar las norma conforme lo establece el derecho a la seguridad jurídica determinado en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador; falta de motivación que produce su nulidad conforme lo preceptuado en el artículo 76, numeral 7 literal l) de la Ley Suprema.- Así también, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Resolución No. 00708 de 22 de agosto de 2017, es nula por haber sido expedida por un funcionario público incompetente en razón del tiempo, a más de incurrir en omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar la resolución objetada y violentar el derecho a la seguridad jurídica, como se analizó en líneas preliminares. Así también se ha vulnerado el numeral 1 de la Ley Suprema que manda: ^aCorresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes°. Garantía que tampoco se ha observado al emitir el acto administrativo objetado. 8.6. Por todo lo anotado, se evidencia que los actos administrativos impugnados se han emitido contraviniendo las normas del debido proceso establecidas en la Constitución de la República del Ecuador (¼). En la especie, se verifica que los actos administrativos objetados no cuentan con los elementos que configuran la motivación, esto es, que no existe coherencia entre los antecedentes fácticos y las normas de derecho que lo apoyan.- 9. DECISIÓN.- Con arreglo a los elementos expuestos, este Tribunal concluye que la Resolución No. 8741 de 07 de noviembre de 2016, ha sido emitida cuando ha caducado la facultad del Ente de Control para hacerlo; y, que se violentó el derecho al debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, configurándose como consecuencia de ello la nulidad a la que se refiere la parte final del numeral 7 literal l) del artículo 76 de la Carta Magna, vicio que también afecta al oficio No. 0708-DDR de 22 de agosto de 2017, como quedó anotado°. Todo lo cual determina que el Tribunal de instancia acepte la demanda y declare la nulidad del oficio No. 00708-DRR de 22 de agosto de 2017, emitido por la Directora de Recursos de Revisión de la Contraloría General del Estado, en el que se niega la concesión del recurso de revisión planteado por la actora. Declara también nula la Resolución No. 8741 del 7 de noviembre de 2016 emitida por el Director de Responsabilidades del mismo Ente de Control, en contra del accionante°.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO, RESPECTO DE LA CAUSAL PRIMERA.-

7.1 La Procuraduría General del Estado, al sustentar su recurso de casación relacionado a la causal admitida, esto es a la falta de aplicación del numeral 1 del artículo 87 del Código Orgánico General de Procesos, con cargo a la primera causal del artículo 268 del COGEP, señala que la audiencia preliminar en el juicio de instancia estuvo convocada para el día 25 de julio de 2018 a las 14h30 y, siendo ese día y hora, la parte actora del juicio no estuvo presente en la diligencia, a la cual solo concurrió su abogado patrocinador; que no obstante, la actora Verónica Ruilova Prieto, ingresó dos minutos después como lo confirma la transcripción y audio certificados; pese a lo cual el Tribunal de instancia instaló la audiencia, la cual no debió instalarse, pues lo pertinente era que se declare el abandono de la causa conforme ordena la norma legal que no fuera aplicada.

7.2 La Contraloría General del Estado, en una de las causales a las que se acoge, también formula similares argumentos, respecto a la falta de aplicación del artículo 87 numeral 1 del COGEP.

7.3 Causal invocada.- La causal invocada señala que procede la casación: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”* .

Esta causal contiene los denominados vicios in procedendo, por lo que se la usa precisamente para denunciar los defectos que se encuentran en las formalidades legales, establecidas para asegurar la validez del proceso judicial; defectos que no pueden permitir el pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido. Es por ello que el casacionista, puede escoger esta causal cuando encuentra que existen razones que podrían provocar la nulidad procesal de instancia o, en su defecto, cuando las decisiones judiciales hayan generado la indefensión del recurrente (Ver cita de Manuel Tama: *“ El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional”*. Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

Desde luego la nulidad, solo puede fundarse en aquellas causas taxativamente establecidas en el ordenamiento jurídico, que en el caso, están prevenidas en el artículo 107 del COGEP, como son: la falta de jurisdicción, la falta de competencia, la falta de citación con la demanda al demandado, la legitimidad de personería, entre otras. Por tanto, las causas de nulidad procesal, o la indefensión, son elementos que constan identificados en las normas constitucionales o legales, y su propósito evidentemente, es garantizar no solo los derechos de las partes procesales, sino también la indispensable validez del proceso, el cual debe observar solemnidades y formas, que expresen el ejercicio de los derechos y de sus garantías. (Sentencia en el Juicio No. 262-2002, publicado en el

Registro Oficial No. 743 de 13 de enero de 2003, pág. 20).

Esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, ha señalado además que: *“Dos son los principios, que de manera principal, regulan la causal (1/4) de casación: el principio de especificidad, es decir que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual se denote que tal omisión influyó, o pudo haber influido en la decisión de la causa, de una manera cierta e irreparable, afectándose la estructura del proceso de manera trascendente, siendo la única solución viable la declaratoria de nulidad de una actuación, de parte o de todo el proceso; por lo que no basta entonces una alegación genérica del perjuicio o su planteamiento abstracto, debiendo acreditarse en forma indubitable el perjuicio que la irregularidad procesal ha ocasionado, y su trascendencia dentro del proceso; pues la nulidades no existen en el mero interés de la ley, no siendo dable admitir la declaratoria de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, pues la declaración de nulidad por razones meramente formales constituiría un formulismo inaceptable que obstaría la recta administración de justicia. Los principios antes mencionados, están consagrados de manera general para los procesos e instancias, fundamentalmente en los artículos 344, 346, 349, 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil”* (Resolución No. 773-2014 de 28 de octubre de 2014 dentro del recurso de casación No. 312-2009

7.4 Requisitos que trae la causal. La causal primera del artículo 268 del COGEP, exige varios requisitos para su procedencia de fondo, entre ellos:

7.4.1 Que las normas jurídicas vulneradas sean procesales; elemento que está presente en el caso, pues el numeral 1 del artículo 87 del COGEP es precisamente una norma de orden instrumental.

7.4.2 Que el vicio denunciado haya viciado el proceso de nulidad insanable, y que las nulidades que se denuncian sean de aquellas que están previstas en la Ley (principio de especificidad). En el caso, la denuncia que hacen los recurrentes es que la sentencia que reprochan, incurre en el yerro de falta de aplicación del Art.87.1 del COGEP, norma que determina que la inasistencia del actor del juicio a la audiencia correspondiente, se entenderá como abandono; sin embargo, no especifican, los recurrentes, en sus escritos de interposición ni en sus intervenciones orales hechas en la audiencia de sustentación del recurso, cuáles son los elementos que hayan conducido a viciar el proceso judicial de nulidad insubsanable, o cuáles son los elementos que determinen que se haya provocado la indefensión de los recurrentes, como era la obligación impuesta por la causal invocada; como tampoco

determinan las intervenciones de los casacionistas, la gravedad de la transgresión y la influencia que pudo tener en la decisión de la causa. Tampoco se hace mención de si en el caso, la nulidad habría sido o no subsanada en forma legal.

7.4.3 De la revisión del caso, es evidente y así se desprende además de la intervención de la parte actora del juicio de instancia, que la audiencia preliminar convocada en los día y hora señalados por el Tribunal Distrital, aun no había sido instalada pues para hacerlo se estaba constatando la presencia de las partes, instantes preliminares en los cuales ingresó a la sala de audiencias la parte actora, momento en el cual se instaló la audiencia preliminar, en la que se tomaron las decisiones que constan en el acta respectiva; razón por la cual no cabía ciertamente la aplicación de la norma contenida en el numeral 1 del artículo 87 del COGEP; en razón de que las partes asistieron a la audiencia y así se desprende del acto de instalación con el que se da inicio a esa diligencia. Es de señalar asimismo que en la sentencia dictada por el Tribunal (numeral 5), en la fase de Validez Procesal se lee: ^aLas partes, al ser consultadas sobre la validez procesal, a través de sus defensores no presentan objeciones u observaciones, respecto a la existencia de vicios o nulidades durante la tramitación de la causa, por lo que se declara la validez del proceso^o; lo que significa que, las partes no tuvieron objeción oportuna respecto de la instalación de la audiencia.

Razones que permiten colegir que en el caso, no se ha producido el yerro de falta de aplicación de la norma denunciada como infringida.

8.- FUNDAMENTOS DE LA CAUSAL QUINTA. La Contraloría General del Estado se acoge asimismo, al caso quinto del artículo 268 del COGEP, al estimar que la sentencia ha incurrido en (i) indebida aplicación de los artículos 56 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y, (ii) errónea interpretación de los artículos 53 y 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La causal quinta invocada, relacionada a los dos vicios alegados, ordena que es procedente la casación cuando se ha producido la ^aaplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto^o.

8.1 La casacionista sustenta su recurso en el hecho de que la sentencia de la que recurre en su punto 8.3, señala que el oficio No. 567 de 30 de abril de 2015 que contiene la predeterminación civil culposa en contra de la actora, ha sido notificado el 8 de mayo de

2015; en tanto que, la responsabilidad civil culposa No. 8741 de 7 de noviembre de 2016 ha sido notificada a la administrada el 5 de diciembre de 2016; es decir cuando el plazo para hacerlo había superado el tiempo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica la Contraloría General del Estado, señala el recurso que la denegación tácita está prevista en el artículo 85 de la misma Ley, norma que ordena que la falta de expedición de las resoluciones pertinentes causa el efecto de denegación tácita; lo cual no ha sido tomado en cuenta por la sentencia reprochada. Que el artículo 56 prefijado, no establece un plazo fatal para expedir las resoluciones, sino que confiere al administrado la facultad de ejercer su derecho de defensa; por lo que el Tribunal aplicó indebidamente la mencionada norma. Que también es indebidamente aplicado el artículo 72 de la Ley en cita que establece que la caducidad será declarada de oficio o a petición de parte por el Contralor o por los tribunales de lo Contencioso Administrativo, según se hubiere presentado el reclamo como acción o como excepción, concluyendo el Tribunal que en el caso operó la caducidad por lo que la Contraloría General del Estado perdió competencia en razón del tiempo.

Para que opere esta causal en el yerro de indebida aplicación, es necesario que el recurso señale con claridad que la norma que estima indebidamente aplicada, fue efectivamente aplicada por el juzgador en su sentencia; debiendo igualmente, determinar las razones por las cuales no debió aplicarse la norma en la solución de los hechos que se juzga; establecer asimismo, cuál es la norma que correspondía ser aplicada; y demostrar la incidencia o trascendencia del vicio en la decisión tomada por el juzgador.

En la especie es claro que el Tribunal hizo aplicación de los artículos 56 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; sin embargo el casacionista no determina ni las normas jurídicas que debieron ser aplicadas en lugar de esas disposiciones que estima indebidamente aplicadas, como tampoco ha sostenido en su escrito ni en su exposición oral, que el yerro hayan sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia o auto; pues era obligación del casacionista determinar con precisión la trascendencia del vicio en la decisión de la causa.

No obstante lo dicho es evidente que el citado artículo 56, estatuye que: ^aLa resolución respecto de la determinación de la responsabilidad civil culposa se expedirá dentro del plazo de 180 días, contado desde el día hábil siguiente al de la notificación de la predeterminación^o. Norma que de manera imperativa establece el plazo (días calendario), dentro del cual ha de

expedirse la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa; y la forma de contarla, la cual se determina desde el día hábil siguiente al de la notificación con la predeterminación o glosa.

La glosa es el aviso de hallazgos que podrían generar el establecimiento de la responsabilidad civil culposa, con el cual se notifica al potencial responsable para que pueda justificar sus acciones u omisiones que pudieran dar origen a esa responsabilidad; no es pues un acto administrativo en el cual conste una decisión de ese orden, que pueda ser objeto de impugnación en sede administrativa o en sede judicial, ya que a la larga constituye el inicio de un procedimiento para la determinación de responsabilidades civiles, cuando en ese procedimiento se establezca el perjuicio al erario nacional y la efectiva responsabilidad de la persona a la que aquella está dirigida. De modo que, solo la resolución que determina la responsabilidad, es susceptible de recurrencia ante el mismo Órgano Contralor o ante el competente Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

En el caso, el Tribunal de instancia, inobjetablemente ha establecido que la glosa o predeterminación fue notificada al actor, el 8 de mayo de 2015, en oficio No. 567 de 30 de abril de 2015; mientras que la responsabilidad civil culposa No. 8741 de 7 de noviembre de 2016 ha sido notificada a la administrada el 5 de diciembre de 2016; esto es, de modo extemporáneo, cuando la competencia del Contralor General del Estado para hacerlo, se había extinguido por caducidad; la cual por pertenecer al orden público no se interrumpe y puede y debe ser declarada de oficio; ese es el deber del Juzgador.

Por lo dicho es claro que en el caso no se ha justificado la indebida aplicación de las normas a las que nos hemos referidos en los párrafos precedentes.

8.2 Alega asimismo la casacionista, la errónea interpretación de los artículos 53 y 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En cuanto a la errónea interpretación del artículo 53 de la Ley en cita, debe señalarse que por el razonamiento formulado en el considerando inmediato anterior, es claro que en el caso, al haberse producido la caducidad por haberse expedido una resolución fuera del plazo prevenido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, no cabe análisis alguno respecto de la potencial violación del señalado artículo, cuya interpretación en el caso, carece ya de sentido; puesto que la caducidad extingue toda posibilidad de que el juzgador pueda pronunciarse sobre el fondo del caso. En lo relacionado a la errónea

interpretación del artículo 85 de la misma Ley, es claro que la entidad casacionista, cuando sustenta su recurso en la indebida aplicación, analizada anteriormente, refiere que en el caso ha operado la denegación tácita; lo cual no corresponde a la verdad y así lo ha establecido el Tribunal de instancia en la sentencia que ha sido impugnada mediante el recurso de casación que está en examen, la cual en su numeral 8.2 señala:^a El texto de la ley es claro en determinar que la denegación tácita opera únicamente sobre una resolución que resuelve el recurso de revisión, que se constituye en el mecanismo de impugnación en sede administrativa, y que cabe solamente para el caso de determinación de responsabilidad civil^o; apreciación del A quo que la Sala la estima adecuada toda vez que la denegación tácita que refiere la norma que el casacionista considera infringida solo es pertinente en el evento de que el recurso de revisión hubiese sido admitido a trámite y, sin que la administración haya emitido pronunciamiento, dentro del tiempo que la Ley ha determinado para el efecto; por lo que, en el caso, el Tribunal puede concluir que no se ha producido en la sentencia reprochada la errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 85 de la Ley Rectora de la entidad casacionista.

9.- Por todo lo expuesto, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza los recursos de casación interpuestos por la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 27 de diciembre de 2018; en consecuencia **NO CASA** dicha sentencia. **NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

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

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)

**VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. ALVARO OJEDA HIDALGO.**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 8 de julio del 2020, las 16h27. **VISTOS:** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial realizo mi voto salvado concurrente, pues también considero que se deben rechazar los recursos de casación interpuestos por la Contraloría General y la Procuraduría General del Estado, y no casar la sentencia impugnada dictada el 27 de diciembre de 2018, 11h38, dictada dentro del juicio No. 11804-2018-00018 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja. El motivo de mi discrepancia es únicamente que considero que en el punto 8.2 no debe ir el texto: *“El texto de la ley es claro en determinar que la denegación tácita opera únicamente sobre una resolución que resuelve el recurso de revisión, que se constituye en el mecanismo de impugnación en sede administrativa, y que cabe solamente para el caso de determinación de responsabilidad civil”*; apreciación del A quo que la Sala la estima adecuada toda vez que la denegación tácita que refiere la norma que el casacionista considera infringida solo es pertinente en el evento de que el recurso de revisión hubiese sido admitido a trámite y, sin que la administración haya emitido pronunciamiento, dentro del tiempo que la Ley ha determinado para el efecto;°, sino que debería decirse en lugar de tal texto: *“resulta incontrovertible que esta disposición no es aplicable al acto administrativo de predeterminación que lo antecede. Como necesaria precisión, se reitera que el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes, establecido en el numeral 1 del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, no constituye un recurso de impugnación sino un mecanismo de defensa del implicado que forma parte del debido proceso en el iter administrativo, previo a la determinación de la responsabilidad civil culposa.°*. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

127164847-DFE

Juicio No. 01803-2017-00285

Resolución No 379-2020

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

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 8 de julio del 2020, las 09h21. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N°4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; **b)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, dispuso que en virtud del sorteo realizado y de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, el doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, asuma el despacho del ex - Magistrado doctor Pablo Tinajero Delgado. Lo propio se dispuso respecto al despacho de la ex - Magistrada abogada Cynthia Guerrero Mosquera, el cual fue asumido por el doctor Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo señalado en el oficio No. 2281-SG-CNJ-ROG; **c)** el 20 de diciembre de 2019, a las 16h22, se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el Tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en calidad de Juez Ponente, doctor Patricio Secaira Durango y doctor Álvaro Ojeda Hidalgo; **d)** Mediante oficio No. 094-P-CNJ-2020 de 14 de febrero de 2020, se concedió licencia con cargo a vacaciones al Dr. Patricio Secaira Durango del 19 al 21 de febrero de 2020. **e)** Mediante oficio No. 303-SG-CNJ-ROG de 17 de febrero de 2020, la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, llamó al doctor Miguel Ángel Bossano Rivadeneira, Conjuez de esta Corte Nacional, en virtud del sorteo realizado, conforme al artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, en reemplazo del doctor Patricio Secaira Durango; **f)** Somos competentes para resolver la presente causa conforme lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1- En sentencia dictada el 06 de junio de 2018, el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con Sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2017-00285

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por:
IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL
ELECTRÓNICO
127164847-DFE

deducido por Christian Miguel Morales Cevallos en contra de la Agencia de Regulación y Control Minero ^aARCOM^o, y del Procurador General del Estado, resolvió declarar sin lugar la demanda y ratificar la validez del acto administrativo impugnado.

1.2.- El señor Christian Miguel Morales Cevallos interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en el caso 1 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 16 de agosto de 2019 el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso por el caso 1 del artículo 268 del COGEP.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 17 de enero del 2020, las 15h31, se convocó para el día jueves 20 de febrero de 2020, a las 10h00, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el actor, que a la vez es el recurrente, el señor Christian Miguel Morales Cevallos, acompañado de su defensor el abogado Fausto Rodrigo Flores Ramírez, quien fundamentó el recurso en base a la causal admitida a trámite. También, compareció mediante video conferencia el abogado Diego Mauricio Vázquez Flores en virtud de lo dispuesto en la providencia de 10 de febrero de 2020, y de la procuración judicial otorgada por la Directora Regional de la Procuraduría General del Estado, quien contestó la fundamentación del presente recurso. La Agencia de Regulación y Control Minero ^aARCOM^o, que también fue demandada en el juicio, no compareció a pesar de estar debidamente notificada. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver. - El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 06 de junio de 2019, las 8h20, dentro del juicio No. 01803-2017-00285, adolece del error acusado en el recurso. De comprobarse dicho yerro, se dictará

la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

2.3.- Respecto al caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación de los artículos 162 y 169 del COGEP.

2.3.1.- La casual en la que se fundamenta el presente recurso se encuentra prescrita en el numeral 1 del artículo 268 del COGEP, norma que expresa: *“1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”*.

El caso 1 del artículo 268 del COGEP se refiere entonces, de manera exclusiva, a la violación de normas procesales (adjetivas), sin embargo, el casacionista cita como infringidas los artículos 162 y 169 del COGEP, las que disponen textualmente lo siguiente: *“Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran”*; y, *“Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada”*^{1/4}. Las normas transcritas de ninguna manera tienen el carácter procedimental (adjetivas) ya que no regulan la ritualidad del procedimiento judicial, sino que se trata de normas que regulan la carga de la prueba al establecer qué se debe probar y quién lo debe probar. Se verifica que toda la fundamentación del recurrente gira en torno a aspectos de índole probatorio, aspectos éstos que solamente podían ser invocados al amparo de otra causal, distinta a la que sirvió de fundamento para este recurso.

Cabe indicar que el caso 1 del artículo 268 del COGEP que es citado por el recurrente como fundamento de su recurso de casación, exige que el vicio procedimental acusado sea de tal gravedad que haya viciado al proceso de nulidad insubsanable y haya influido en la decisión de la causa, y siempre que la nulidad no haya podido ser subsanada en forma legal. En la especie, el recurrente ha omitido determinar con precisión cuál es la norma procedimental que ha sido violada, ni ha demostrado que de qué manera ese vicio de procedimiento influyó en la decisión de la causal, a tal punto de provocar su nulidad insubsanable, toda vez que el casacionista en ningún momento se ha pronunciado sobre estos aspectos ni ha realizado análisis o ejercicio argumentativo alguno tendiente a demostrar el vicio de procedimiento, centrandó más bien su análisis en asuntos de índole probatorio, lo que resulta improcedente al amparo de la causal alegada.

2.3.2.- Al fundamentar el

recurso por esta causal el recurrente aduce que en la sentencia recurrida se ha presentado el yerro de errónea interpretación de los artículos 162 y 169 del COGEP, señalando que: *“Aquí es donde existe la errónea interpretación de las normas procesales por cuanto se cree que los hechos no fueron probados, cuando no se da cuenta el tribunal que precisamente los hechos relatados en el libelo inicial están recogidos en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA que es objeto de impugnación. (1/4) ¿Entonces, en donde se advierte el yerro? En interpretar que dichas dos normas procesales conllevan la obligación al actor, de individualizar foja por foja para ser producida en la audiencia de juicio, cuando la propia resolución administrativa es, per se, el objeto mismo del CONTROL DE LEGALIDAD OBLIGATORIO PARA EL TRIBUNAL, a más de que la resolución como tal fue producida por la entidad demandada.”* Según consta en el CD agregado al proceso, en la audiencia de fundamentación del recurso el casacionista, respecto a la causal propuesta, manifestó: *“las razones por las cuales creemos que la interpretación que dan del artículo 162 y 169 COGEP los jueces del tribunal Aquo es errónea son las siguientes razones: PRIMERO sostienen, en síntesis, que yo debería probar los hechos deducidos en la demanda, únicamente yo, no la contraparte. DOS sostienen que la parte demandada no debe probar nada, sino únicamente la parte actora. TRES sostienen que el propio Tribunal Distrital tampoco debía probar nada, es decir que no debía aplicar el control de legalidad del acto administrativo que debe aplicarse en todos los casos de conformidad con el artículo 300 del COGEP. CUATRO sostienen que la prueba que yo presenté, consistente en el expediente administrativo integro no existe, pese haber calificado la demanda y haber pasado la audiencia preliminar, no existe, por una razón sencilla por no haber “articulado la prueba” esto significó por no haber identificado el folio del expediente en el cual se encontraba la resolución. CINCO sostienen como razón de la decisión una doctrina de Carnelutti sobre la obligación de probar (1/4), siendo la doctrina no una razón para la decisión pero en este caso concreto si es una razón para la decisión porque esa doctrina no se cita en un foro público se está dictado en una sentencia en la parte considerativa, razón por la cual es un sustento de la interpretación que los jueces han hecho del artículo 162 y 169 COGEP.(1/4) el razonamiento criticado de la sentencia impugnado no menciona eso, dice a usted como actor exclusivamente le corresponde probar, pero pese a que el demandado, ha hecho aseveraciones explícitas y ha adjuntado el expediente administrativo como medio de prueba a él no le corresponde probar absolutamente nada, (1/4) porque debieron habernos pedido como lo hacen otros tribunales distritales como el de Pichincha o el de Tungurahua, que determine la foliatura de las piezas procesales al presentar la demanda con ocasión de la solicitud de aclaración o ampliación o en la audiencia preliminar esto no lo hicieron, (1/4) para terminar señorías el efecto jurídico de haber desarrollado esta interpretación o estas interpretaciones erróneas de los artículos 162 y 169, específicamente 162 inciso primero, y 169 incisos 1 y 2 del COGEP, es la indefensión voy a explicar*

por que , el medio de prueba, el derecho a la prueba en el contexto de la Constitución artículo 76 numeral 7 es parte del derecho a la defensa, de conformidad con los principios procesales, al haber sido admitida a trámite la demanda, y al haber pasado el expediente administrativo de la audiencia preliminar como medio de prueba, nosotros, adquirimos, principio de adquisición procesal, ese medio de prueba como parte de nuestro derecho a la defensa y el tribunal así lo garantizó, pero en la audiencia ya no nos encontramos en admisión o en incorporación al expediente del medio de prueba, nos encontramos en práctica y valoración, al incluir un tecnicismo, que de hecho no se encuentra en ninguna parte del código que es identificar la foliatura y vio practicar mi medio de prueba, y decir que esa prueba no existe, que no hecho actividad probatoria y que no entregado medios de prueba, prácticamente se ha recortado la extensión del derecho a la defensa previsto constitucionalmente, se me ha privado extemporáneamente y fuera de la oportunidad procesa de hacer valer este medio de prueba provocándome indefensión(¼)º. Adviértase entonces que, en lo principal, la fundamentación del recurrente para acusar a la sentencia recurrida de errónea interpretación de los artículos 162 y 169 del COGEP radica en el hecho de que el Tribunal de instancia ha determinado en dicha sentencia que el actor no ha logrado probar los hechos que ha propuesto afirmativamente debido a que supuestamente no ha especificado la foliatura de los medios probatorios agregados al procesado, argumentando también el recurrente que erróneamente ha determinado el Tribunal de instancia que solamente al actor le correspondía actuar prueba, pero que a la parte demandada no le correspondía probar nada, manifestando sobre el particular que en el proceso consta el expediente administrativo y que a los jueces les correspondía examinarlo. El recurrente pone énfasis en que a la institución demandada también le correspondía presentar prueba y que en todo caso el Tribunal debía haber pedido que el actor determine la foliatura de los medios probatorios. A fin de verificar si el vicio acusado por el casacionista está o no presente en la sentencia recurrida, es necesario analizar cuál fue la interpretación que el Tribunal de instancia otorgó a las normas que el casacionista considera infringidas, y es así que en el considerando octavo de la sentencia recurrida consta lo siguiente: ^a OCTAVA.- *De las actuaciones procesales en la presente causa se establece que conforme a los artículos 162 y 169 alusivos a la prueba que señalan que es obligación de la parte accionante probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que la prueba es necesaria a fin de que los hechos alegados sean probados por quienes los proponen en su demanda, lo cual en esta causa no ha ocurrido pues el accionante no articuló prueba alguna que sustente sus afirmaciones al haberla planteado de forma inadecuada en el libelo de sus demanda. Las normas legales mencionadas señalan: “ Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley. A falta de agente diplomático, la parte*

*podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley. La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos. Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación^{1/4}°. La doctrina es unánime respecto al significado del alcance de la prueba señalando que los jueces solo pueden fallar sobre los hechos que se encuentran probados en el proceso, sin que se pueda concebir un proceso sin pruebas, de manera que el Juez no puede decidir sobre cuestiones que no han sido probadas en el proceso, así lo dispone en forma taxativa el artículo 162 del COGEP que se ha transcrito, de manera que no habiendo actuado prueba la parte accionante en esta causa no ha probado sus afirmaciones constante en el libelo y mal puede este Tribunal sin que se haya probado las mismas resolver a su favor la contienda. Igualmente la doctrina señala que la carga de la prueba es una obligación de la parte actora^{1/4}°. Lo transcrito evidencia que, a diferencia de lo aseverado por el casacionista, el Tribunal de instancia ha basado su resolución en aspectos de fondo muy distintos a la mera enunciación de la foliatura del acto administrativo impugnado, sino que la motivación de la sentencia recurrida (*ratio decidendi*) tiene que ver con la práctica de la prueba y su eficacia probatoria.*

Al respecto se debe señalar que la prueba no solo debe ser anunciada y admitida bajo los parámetros de utilidad, conducencia y pertinencia, sino que la misma debe ser ACTUADA conforme a la Ley para que tenga eficacia probatoria. Es por ello que el artículo 164 del COGEP dispone que para que las pruebas sean apreciadas por el juzgador ^a *deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código*°. Concordantemente, el inciso final del artículo 159 del citado cuerpo normativo dispone: ^a *La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso*°. El artículo 196.1 del COGEP establece: ^a *Para la producción de la prueba documental en audiencia de juicio o única se procederá de la siguiente manera: 1.- Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente^{1/4}°. Los numerales 2 y 3 del artículo 297 del COGEP que regula la audiencia de juicio, disponen: ^a 2.- Terminada la lectura la o el juzgador concederá la palabra a la parte actora para que formule su alegato inicial el que concluirá determinando, de acuerdo con su estrategia de defensa, el orden en que se practicarán las pruebas solicitadas. De igual manera, se concederá la palabra a la parte demandada y a terceros, en el caso de haberlos. 3.- La o el juzgador ordenará la práctica de las pruebas admitidas, en el orden solicitado*°. De las normas transcritas se desprende que cada medio probatorio tiene su propio procedimiento de producción para que pueda ser objeto de valoración. Los abogados de las partes procesales, bajo el principio dispositivo y en base a la estrategia de defensa

que haya trazado cada uno de ellos, dispone de todos los medios de prueba que haya anunciado y que hayan sido admitidos, los mismos que deberá practicarlos (judicializarlos) en el momento procesal oportuno (audiencia de juicio), a fin de que puedan ser objeto de valoración por parte del juzgador. En tal virtud, la práctica de la prueba no es un asunto que pueda ser suplido por los jueces, porque son los hechos enunciados en el acto de proposición los que deben probarse. Ha de entenderse entonces que para que la prueba sea susceptible de valoración, la misma debe practicarse en los términos previstos en el COGEP, ya que ésta es una actividad propia e intransferible de las partes procesales, ya que son ellos los que deben llevar al convencimiento a los jueces de los asertos que han propuesto acreditar, conforme lo previsto en el artículo 158 del COGEP que dispone: *“La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”* Finalmente se debe mencionar que durante la audiencia de juicio, era obligación de las partes procesales atribuir a cada prueba aportada el valor que corresponda, relacionándolos con los hechos invocados en el acto de proposición, a fin de que la contraparte pueda hacer una adecuada contradicción y proveer de elementos de convicción a los juzgadores. En la especie, ninguno de los parámetros antes mencionados se ha cumplido toda vez que el actor simplemente no actuó ni produjo ninguna prueba en la audiencia de juicio, a pesar de que había hecho algunas afirmaciones en su demanda, las cuales necesariamente debían ser corroboradas siguiendo los parámetros previstos en el COGEP, pero no lo hizo, simplemente esperó que la institución demandada practique algún tipo de prueba, olvidando que dicha institución no estaba en la obligación de producir prueba en virtud de que al contestar la demanda opuso la excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda (inciso segundo del artículo 169 del COGEP). Indebidamente el actor consideró que bastaba con que el expediente administrativo conste en el proceso para demostrar los hechos propuestos afirmativamente en su demanda, olvidando que era su responsabilidad practicar las pruebas que considere pertinentes para defender sus intereses.

Pero más allá de lo mencionado, el análisis anterior nos lleva a la conclusión de que todos los argumentos esgrimidos por el recurrente están directamente relacionados con la carga de la prueba, aspecto éste que de ninguna manera podía ser invocado al amparo del caso 1 del artículo 268 del COGEP, tornando al recurso en improcedente.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación propuesto por el señor Christian Miguel Morales Cevallos; y, en consecuencia, no casa la sentencia de fecha 06 de julio de 2018

emitida por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca dentro del proceso Nro. 01803-2017-00285.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.-**Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

BOSSANO RIVADENEIRA MIGUEL ANGEL

CONJUEZ NACIONAL

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

127293922-DFE

Juicio No. 18803-2016-00156

Resolucion No 380-2020

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

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 9 de julio del 2020, las 12h50. VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: a) el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019; b) los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados por el Consejo de la Judicatura como Conjucees Nacionales mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, fueron designados Jueces Nacionales encargados, en virtud de los oficios No. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG, respectivamente, ambos de 20 de noviembre de 2019 y suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; c) el 26 de noviembre de 2019 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en calidad de Juez Ponente, y por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Patricio Secaira Durango; d) con Resolución N° 07-2019 de 11 de diciembre de 2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia se resolvió la actual integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; e) el Conjuce Nacional doctor Patricio Secaira Durango presentó su excusa para el conocimiento de la presente causa, la cual fue aceptada con auto de 21 de mayo de 2020, motivo por el cual el día 03 de junio de 2020 se realizó el sorteo de ley, correspondiendo conocerla al doctor Miguel Bossano Rivedeneira; f) somos competentes para conocer y resolver el presente recurso de apelación en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que de las sentencias expedidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro de las acciones de repetición, se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; g) agréguese a los autos el escrito presentado por el doctor Mauricio Enrique Pacheco y considérese la casilla judicial No. 622 para futuras notificaciones; h) estando este asunto en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

1.1.- En sentencia de 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió declarar el Estado ecuatoriano responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la

propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en perjuicio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, motivo por el cual condenó al Estado ecuatoriano al pago por compensación de USD \$ 90.000 por concepto de daño material, 1' 250.000 por concepto de indemnización por daño material, USD \$ 58.000 por concepto de costas y gastos, disponiendo además que reintegre al Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano el valor de USD \$ 6.344,62.

1.2.- En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado ecuatoriano a través del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, con fechas 12 de septiembre de 2012, 19 de octubre de 2012 y 25 de julio de 2013 canceló los diferentes valores mandados a pagar, conforme consta en los Comprobantes de Pago CUR agregados al proceso.

1.3.- La Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio de Hidrocarburos, el Ministerio del Ambiente, el Consejo de la Judicatura y el representante legal de EP PETROECUADOR presentaron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato demanda de repetición de pago en contra de los ex Ministros de Defensa Nacional Hugo Armando Unda Aguirre y Nelson Orlando Herrera Nieto; del ex Juez Primero de lo Civil de Pastaza José Guillermo Ávila Pineda; del ex Secretario del Juzgado Primero de lo Civil de Pastaza Jaime Ruperto Lugo Sánchez; de los ex agentes fiscales del cantón Puyo Marco Vargas Zúñiga, Jorge Humberto Gil Avilés y Ruth Maribel Barreno Velín; de los ex agentes fiscales de la provincia de Pichincha Jorge Daniel Cadena Chávez y Raúl Gustavo Salgado Serrano; de los agentes fiscales de la provincia de Pichincha Fausto Santiago Trujillo Castillo, Clara Isabel Aveiga Solórzano y Mauricio Enrique Pachecho; de los ex Presidentes Ejecutivos de PETROECUADOR Patricio Gustavo López Moreno, Luis Alberto Román Lazo, Mauro Ramiro Gordillo García, Jorge Emilio Pareja Cucalón, Rodolfo Barniol Zerega; de los ex Ministros de Energía y Minas René Ortiz Durán y Carlos Arboleda Heredia; de la ex Subsecretaria de Protección Ambiental Lizet Rocío Torres Zapata; y, del ex Director Nacional de Protección Ambiental Edgar Roberto López Moncayo.

1.4.- Luego de que los actores completaron la demanda, mediante auto de 19 de junio de 2019, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, que conoció la demanda de repetición, designó como Procurador Común de los accionantes al Procurador General del Estado o su delegado.

1.5.- El 29 de agosto de 2019 el mencionado Tribunal de instancia resolvió: ^a Declarar la nulidad del proceso desde la presentación de la demanda inclusive, ordenando el archivo del proceso, dejando a salvo el derecho de los actores de ser legal de volver a presentarla respetando el debido proceso y normas aplicables al caso°.

1.6.- El Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, en su calidad de

Procurador Común de los actores, interpuso recurso de apelación en contra del mencionado auto que declaró la nulidad del proceso.

SEGUNDO.- ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

2.1.- Sobre la naturaleza jurídica de la acción de repetición se debe mencionar que ésta tiende a recuperar el egreso fiscal que tuvo que asumir el Estado, siempre y cuando se logre comprobar que dicho pago lo tuvo que efectuar el Estado como consecuencia de la actuación irregular, dolosa y/o gravemente culposa de un agente público. El artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional conceptualiza la acción de repetición estableciendo que la misma tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. En el presente caso, la acción de repetición propuesta por el Procurador Común de los accionantes se deriva de la sentencia emitida el 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su parte pertinente señala: ^aEl Estado es responsable por la violación de los derechos de consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural (¼) El Estado es responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu (¼) El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (¼) El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 317, 2323 y 331 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones y daños materiales e inmateriales, y por reintegro de costas y gastos¼ °. Adviértase que la sentencia de la Corte Interamericana antes transcrita es clara en determinar al responsable objetivo: el Estado ecuatoriano, sin que haya hecho mención en alguna de sus partes a la responsabilidad subjetiva; esto es, a los agentes públicos por cuya actuación irregular, dolosa y/o gravemente culposa, haya producido daño al pueblo Kichwa de Sarayacu.

El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República establece que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Agrega la norma citada que ^ael Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido°, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a que

hubiere lugar. Respecto al ejercicio del derecho de repetición, el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha previsto la denominada ^a investigación previa a la demanda^o, disponiendo expresamente lo siguiente: ^a Art. 69.- Investigación previa a la demanda.- La máxima autoridad de la entidad deberá determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución. De no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima autoridad de la entidad. En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición. En caso de existir un proceso administrativo sancionatorio, al interior de la institución accionada, en el que se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición, servirá de base suficiente para iniciar el proceso de repetición. La investigación prevista en este artículo no podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda^o. Del análisis efectuado a la norma antes transcrita se determina que el único caso en que no se requiere de la investigación previa, es el caso en que se hubiere instaurado un procedimiento administrativo sancionador en el cual se haya identificado al a los responsables del daño ocasionado, cumpliendo para el efecto las reglas del debido proceso, entre las que se encuentra el derecho a la defensa. En todos los demás casos, esto es en aquellos en que no se haya instaurado un procedimiento administrativo sancionador previamente, es requisito sine qua non que la máxima autoridad de la entidad pública identifique a las personas presuntamente responsables de la violación de derechos, determinando su grado de participación, previa la instauración del correspondiente procedimiento investigativo al que hace referencia la mencionada norma legal, en el que también se deben respetar las reglas del debido proceso.

Considerando las disposiciones jurídicas referidas se colige que la iniciación de un procedimiento administrativo previo de investigación, se constituye en un presupuesto legal imperativo que condiciona la presentación de la demanda de repetición (requisito de procedibilidad), toda vez que la disposición del artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no utiliza un verbo rector de carácter facultativo, ni establece exenciones para su cumplimiento (salvo el caso del procedimiento administrativo sancionatorio que lo sustituye). Entonces, lo ordenado en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constituye un elemento indispensable para que proceda la acción de repetición, puesto que solamente a través del procedimiento administrativo de investigación se logrará determinar con precisión y certeza al o los

funcionarios públicos responsables de la conducta administrativa dolosa o gravemente culposa, así como su grado de participación.

2.2.- Al fundamentar el recurso de apelación planteado por el Procurador Común de los accionantes, se manifiesta lo siguiente: ^a¼ previa la presentación de la demanda y al momento de interponerla, se cumplieron las condiciones legales para la presentación de la acción de repetición. Una de estas condiciones es la existencia del Informe de Investigación, requisito indispensable para la presentación de la Acción de Repetición^¼ °. A continuación el apelante manifiesta que en el auto impugnado se han vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, al debido proceso en la garantía de motivación y el derecho a la tutela judicial efectiva, señalando sobre estos tres aspectos lo siguiente: ^aEn el auto interlocutorio de 29 de agosto de 2019, los jueces del Tribunal efectivamente parte de la premisa de que la existencia de los Informes de Investigación es un requisito de procedibilidad, pero luego de aquello afirman que este es un procedimiento administrativo en el que debía contarse con los presuntos demandados (¼) En el presente caso NO EXISTE una declaración de autoridad pública que haya producido efectos jurídicos particulares inmediatos, pues el mencionado Informe de Investigación se realiza a efectos de identificar a los servidores públicos que presuntamente vulneraron derechos constitucionales por su acción u omisión, con la finalidad de preparar y presentar el proceso jurisdiccional en el cual, se reconocerá el derecho de aquellos servidores o ex servidores ± demandados ± de explicar sus actuaciones y ejercer así su constitucional derecho a la defensa, proceso el cual efectivamente constituye en este caso el juicio de repetición instaurado en contra de los presuntamente responsables de la violación de derechos y garantías constitucionales, quienes tienen toda la libertad para contestar, contradecir e impugnar, las actuaciones dentro del marco del debido proceso judicial tendiente a repetir valores que el Estado ecuatoriano se vio obligado a erogar (¼) Lo único que hizo a través de los Informes de Investigación, fue identificar a los funcionarios que intervinieron en la causa que la Corte IDH determinó violatoria de derechos, investigación que ha servido de preámbulo para presentar la acción de repetición en la vía contencioso administrativa (¼) Bajo este enfoque la calificación que pudiere haber realizado la máxima autoridad de la entidad responsable respecto a la conducta de los servidores y ex servidores no es vinculante, y será debatido en el proceso contencioso administrativo; pues los argumentos, fundamentos, excepciones y pruebas se deben exponer directamente en el proceso judicial y son los operadores de justicia que conocen la acción de repetición, a quienes les corresponde determinar acerca de la concurrencia o no de dolo o culpa grave en la conducta generadora del perjuicio causado al Estado, con observancia del debido proceso, derecho de contradicción, derecho de defensa y más pertinentes (¼) Una de las garantías que comporta el debido proceso es el derecho a la defensa, que equivocadamente los jueces consideran ha sido conculcado al no haberseles hecho conocer el inicio de la investigación a los demandados (¼) En la especie, no existe afectación de derecho subjetivo alguno, puesto que no se ha restringido,

modificado o generado derecho determinado a favor o en contra de persona alguna, puesto que, en los Informes de Investigación aparejados a la demanda, únicamente se ha identificado a los servidores y ex servidores que presuntamente habrían vulnerado derechos constitucionales (¼) La fase de investigación para identificar a los servidores y ex servidores, no consistía en la instauración de un proceso civil, penal, administrativo u otro en contra de ningún servidor o ex servidor, por el contrario consistió únicamente en un procedimiento de identificación de los servidores y ex servidores que intervinieron en la vulneración de derechos de las víctimas conforme lo determinó la Corte IDH, por tanto no constituyó un proceso propiamente dicho, en el cual se haya entreñado la obligación de notificarse a contraparte alguna (¼) En consecuencia, no se ha trasgredido el derecho a la defensa de persona alguna dentro de la investigación (¼) No cabe duda que la validez procesal está estrechamente relacionada al contenido del art. 107 del COGEP, es decir, únicamente y exclusivamente la nulidad del proceso puede ser declarada por una de aquellas causales ± taxativas ± sin que puedan crearse nuevas causales o darles a aquellas ya (si) existen un contexto diferentes al determinado por el legislador (¼) Precisamente la validez procesal debe y puede ser resuelta conforme el numeral 2 del art. 294 del COGEP, pero en este esquema no puede ni deben crearse nuevas causales de validez procesal al arbitrio de los jueces como ha sucedido en el presente caso, en el que de manera clara han resuelto que la falta de notificación ± citación ± con el Informe de Investigación ocasiona la nulidad insubsanable del proceso, al asimilar un Informe de Investigación con un proceso jurisdiccional (¼) En el auto resolutorio objeto de la presente acción hay inexistencia del requisito de razonabilidad pues la decisión no se encuentra fundamentada en principios constitucionales y su contenido contradice el principio que implica que la decisión judicial se encuentre motivada (¼) los jueces del Tribunal han afirmado que la nulidad del proceso se vincula con la omisión del numeral 4 del art. 107 del COGEP, mismo que se relaciona con la citación con la demanda al demandado o a quien legalmente lo represente, norma que ha sido interpretada respecto de la falta de citación con el Informe de Investigación a los demandados. De lo anterior, revisadas las excepciones previas, no existe ninguna que se vincule a la nulidad procesal contenida en el art. 107 numeral 4 del COGEP que haya obligado a que los jueces del Tribunal ± sin rechazarlas o aceptarlas ± se pronuncien sobre la falta de citación del Informe de Investigación, con lo cual no existe razonabilidad entre: las excepciones planteadas por los demandados, la norma legal que prevé taxativamente las excepciones previas ± art. 153 del COGEP ± las causales taxativas de validez procesal ± art. 107 del COGEP -, el requisito de procedibilidad del Informe de Investigación ± art. 69 de la LOGJCC ± y lo resuelto por los jueces del Tribunal en el auto interlocutorio (¼) Resulta además evidente que al auto interlocutorio impugnado no cumple con los parámetros relativos a la lógica, pues no existe una conexión de las premisas mayores (proporcionada por la normativa aplicable y el auto emitido) y las premisas menores (dada por la petición de los demandados (¼) en ninguna parte de la

ratio decidendi se explica cómo se llega a la conclusión de que la falta de citación del Informe de Investigación acarrea la nulidad de la Acción de Repetición, dado que no existe esta causal dentro del art. 107 del COGEP o era una excepción previa establecida en el art. 153 del mismo cuerpo legal, o menos aún cómo es que una excepción previa pueda acarrear la nulidad de un procedimiento judicial (¼) los jueces del Tribunal consideran que los Informes de Investigación regulados en el art. 69 de la LOGJCC son equiparables a los procedimientos administrativos sancionatorios del art. 109 numeral 7 del CPFJ, y por tanto debe garantizarse el derecho a la defensa, argumento a toda luz falaz por cuanto parten de una interpretación subjetiva de la norma°.

2.3.- De lo transcrito en el numeral inmediato anterior se colige que son varios los argumentos esgrimidos por el apelante, por lo que corresponde analizar por separado cada uno de ellos.

En primer lugar, el apelante afirma que los Informes de Investigación que se adjuntaron a la demanda se tratan de una simple identificación de los servidores o ex servidores que participaron en el hecho que produjo el daño, al argumentar textualmente lo siguiente: ^a¼ el mencionado Informe de Investigación se realiza a efectos de identificar a los servidores públicos que presuntamente vulneraron derechos constitucionales por su acción u omisión (¼) Lo único que hizo a través de los Informes de Investigación, fue identificar a los funcionarios que intervinieron en la causa que la Corte IDH determinó violatoria de derechos, investigación que ha servido de preámbulo para presentar la acción de repetición en la vía contencioso administrativa (¼) consistió únicamente en un procedimiento de identificación de los servidores y ex servidores que intervinieron en la vulneración de derechos de las víctimas conforme lo determinó la Corte IDH, por tanto no constituyó un proceso propiamente dicho°.

Al respecto esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia verifica que a fojas 84 a 107 del proceso consta el Informe de Investigación de la Fiscalía General del Estado, en el que se hace un estudio de cada uno de los casos mencionados en la sentencia de la Corte IDH. Es así que analiza el caso 146-2003 (intimidación a José Gualinga), y en el numeral 4.7 consta la ^aDeterminación de elementos probatorios°, en base a lo cual en el numeral 4.8.1 la Fiscalía General del Estado concluye lo siguiente: ^a¼ nos lleva a la conclusión de que el Dr. Marco Vargas Zúñiga, agente fiscal en el cantón Puyo e el momento de los hechos, es presuntamente responsable de inacción en la investigación penal dentro de la denuncia en mención°. Más adelante en referido Informe de Investigación analiza el caso 845-2003 (agresiones físicas entre comunidades Sarayaku y Canelos), haciendo constar en el numeral 5.7 la ^aDeterminación de elementos probatorios°, en base a lo cual en el numeral 5.8.1 se concluye lo siguiente: ^a a) El Dr. Marco Vargas Zúñiga no tiene responsabilidad en la inacción investigativa en la presente denuncia ¼. b) El Dr. Jorge Humberto Gil Avilés, agente fiscal en el cantón Puyo asignado al despacho, es presuntamente responsable por inacción en la

indagación penal dentro de la denuncia en mención¼ c) La Dra. Ruth Maribel Barreno Velin, agente fiscal en el cantón Puyo asignada a la investigación, es presuntamente responsable de inacción en la indagación penal¼ °. El mismo esquema se sigue en el análisis de los casos 224-2004 y 1778-2004 en los que la Fiscalía General del Estado ha establecido responsabilidades de ciertos agentes fiscales, y ha excluido de dicha responsabilidad a otros. A fojas 824 a 829 del proceso consta el Informe de Investigación del Ministerio de Defensa Nacional, en cuyo numeral 5 consta lo siguiente: ªPor lo que dentro de la investigación realizada, y del análisis pertinente, se establece la presunta responsabilidad de: Almirante Hugo Armando Unda Aguirre, Ministro de Defensa Nacional (período 200-2003), quien suscribió el Convenio de Seguridad con las compañías petroleras; Gral. Nelson Herrera Nieto, Ministro de Defensa Nacional (período 2003-2005), quien continuó aplicando el Convenio de Seguridadº; quedando claro que el Ministerio de Defensa ha determinado presuntas responsabilidades en contra de 2 ex Ministros por haber suscrito un Convenio, y por haber aplicado dicho Convenio. A foja 1307 a 1309 del proceso consta el Informe de Investigación del Ministerio de Hidrocarburos en cuyas conclusiones consta lo siguiente: ªLa actuación de los ex funcionarios del Ministerio de Energía y Minas a esa fecha, es limitada; puesto que recién el 23 de abril de 1999 el Ministro de Energía y Minas a esa fecha, Dr. René Ortiz Durán, dispuso en Acuerdo Ministerial No. 197 publicado en el Registro Oficial No. 176 de 23 de abril de 1999, que la compañía CGC-SAN JORGE, cuya actuación se encuentra afectada por las acciones indígenas, continúe cumpliendo con los programas de relaciones comunitarias, sin suspender las actividades no afectadas¼ °. A fojas 1562 a 1566 del proceso consta el Informe de Investigación del Ministerio del Ambiente que en su conclusión señala: ª¼ el proceso de consulta previa, libre e informada en los términos previstos en la normativa vigente a la época, le correspondía realizar al Ministerio de Energía y Minas por medio de sus autoridades (Subsecretario (a) de Protección Ambiental y el Director (a) Nacional de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas), calidades que ostentaron los siguientes ex servidores públicos: ing. Liszet Torres Z., quien fue SUBSECRETARIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, en el año 2002; Edgar López M., quien ostentaba el cargo de DIRECTOR NACIONAL DE PROTECCIÓN AMBIENTAL (E), del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, año 2002º. A fojas 1586 a 1593 consta el Informe de Investigación elaborado por el Consejo de la Judicatura en cuya conclusión se hace constar lo siguiente: ª¼ se puede observar que el doctor José Ávila Pineda, Juez Primero de lo Civil de Pastaza, así como el señor Jaime Ruperto Lugo Sánchez, Secretario del Juzgado Primero de lo Civil de Pastaza, violaron el principio de celeridad, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita del accionante, al no resolver el amparo constitucional puesto en su conocimiento¼ °. A fojas 1834 a 1841 del proceso consta el Informe de Investigación de la empresa pública PETROECUADOR en cuyos numerales 5.5 y 5.6 se concluye lo siguiente: ªDe conformidad con el cuadro contenido en el ANEXO se establece la participación del General Patricio

López Moreno, quien intervino en el proceso licitatorio como Secretario del CEL; y, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la entonces PETROECUADOR, en representación del Estado Ecuatoriano suscribió el Contrato para el Bloque 23, previa autorización del Consejo de Administración de PETROECUADOR, quien habría omitido el ejecutar las acciones correspondientes a fin de que la Contratista (CGC)-San Jorge dé cumplimiento oportuno y dentro de los términos establecidos en las obligaciones contractuales (1/4) se certifica que en período comprendido entre el 11 de agosto del 2008 al 9 de enero del 2001 (sic) en que se declaró la primera fuerza mayor, fueron Presidentes Ejecutivos de la entonces Empresa Estatal PETROECUADOR los señores: Luis Román Lazo; Ramiro Gordillo García; Eco. Jorge Pareja Cucalón, Sr. Wilson Pastor Morris e Ing. Rodolfo Barniol Zerega, según su período de actuación, encontrándose en el ámbito de su competencia la administración del Contrato de Participación suscrito para el Bloque 23, y quienes no habrían ejecutado las acciones correspondientes, a fin de que la Contratista (CGC)-San Jorge dé cumplimiento oportuno y dentro de los términos establecidos^{1/4} °.

Lo transcrito evidencia que, a diferencia de lo afirmado por el apelante, en los Informes de Investigación aparejados a la demanda, no solamente se identificaron a los funcionarios que han participado en los hechos (no se trata de un simple listado), sino que en dichos Informes, que sirvieron de fundamento para la acción, se establecen presuntas responsabilidades de determinados funcionarios o ex funcionarios, en otros casos de limita dicha responsabilidad, y en otros casos se excluye a ciertos servidores de la referida responsabilidad. De esta manera queda demostrado que a través de los referidos Informes de Investigación se han determinado ciertos hechos que sin duda afectan a los derechos de las personas involucradas.

2.4.- El apelante argumenta que el derecho a la defensa solamente es aplicable a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos sancionadores, manifestando para el efecto lo siguiente: ^aLa fase de investigación para identificar a los servidores y ex servidores, no consistía en la instauración de un proceso civil, penal, administrativo u otro en contra de ningún servidor o ex servidor, por el contrario consistió únicamente en un procedimiento de identificación de los servidores y ex servidores que intervinieron en la vulneración de derechos de las víctimas conforme lo determinó la Corte IDH, por tanto no constituyó un proceso propiamente dicho, en el cual se haya entreñado la obligación de notificarse a contraparte alguna^{1/4} °. Agrega el apelante que solamente en la vía judicial los involucrados pueden ejercer su derecho a la defensa, por lo que considera que en la sustanciación del procedimiento administrativo de investigación no es necesario respetar el derecho a la defensa. En efecto, el apelante manifiesta: ^a^{1/4} el mencionado Informe de Investigación se realiza a efectos de identificar a los servidores públicos que presuntamente vulneraron derechos constitucionales por su acción u omisión, con la finalidad de preparar y presentar el proceso jurisdiccional en el cual, se

reconocerá el derecho de aquellos servidores o ex servidores ± demandados ± de explicar sus actuaciones y ejercer así su constitucional derecho a la defensa, proceso el cual efectivamente constituye en este caso el juicio de repetición instaurado en contra de los presuntamente responsables de la violación de derechos y garantías constitucionales, quienes tienen toda la libertad para contestar, contradecir e impugnar, las actuaciones dentro del marco del debido proceso judicial tendiente a repetir valores que el Estado ecuatoriano se vio obligado a erogar (¼) Una de las garantías que comporta el debido proceso es el derecho a la defensa, que equivocadamente los jueces consideran haber sido conculcado al no haberseles hecho conocer el inicio de la investigación a los demandados (¼) En la especie, no existe afectación de derecho subjetivo alguno, puesto que no se ha restringido, modificado o generado derecho determinado a favor o en contra de persona alguna (¼) los argumentos, fundamentos, excepciones y pruebas se deben exponer directamente en el proceso judicial¹⁴ °.

Al respecto se debe mencionar que el derecho a la defensa es la piedra angular en la que descansa la garantía básica al debido proceso, el cual no se limita a la fase judicial como alega el apelante, sino que es una garantía transversal que está presente en todo proceso o procedimiento en que se determinen derechos u obligaciones, de cualquier orden, en contra de las personas. Sobre el particular se debe mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 8 regula lo referente a las ^a Garantías Judiciales^o, especificando en los literales c), d), e) y f) del numeral 2 del citado artículo, todo lo relacionado al derecho a la defensa. En la sentencia emitida el 23 de junio de 2005 por la Corte IDH (Caso Yatama Vs. Nicaragua) en el Párrafo 149 se señala lo siguiente: ^aEl artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un `juez o tribunal competente' para la `determinación de sus derechos', es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos...^o. En igual sentido, en el párrafo 118 de la sentencia de 19 de septiembre de 2006 emitida dentro del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, la Corte IDH determina lo siguiente: ^aEl artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos^o; y, más adelante en el párrafo 119 señala: ^aDe esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria^o. Por su parte, el literal a) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República preceptúa: ^aEn todo proceso en el que se determinen

derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: $\frac{1}{4}$ 7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento°. Adviértase que la citada norma constitucional no tiene limitante alguna o excepción en su aplicación, todo lo contrario, dispone que se asegurará el derecho a la defensa ^aEn todo proceso°; y, para mayor ahondamiento, establece que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa ^aen ninguna etapa o grado del procedimiento°. Concordantemente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la cual se fundamenta la acción de repetición materia primigenia del presente recurso de apelación, en su artículo 1 establece el objeto y finalidad de dicha Ley al señalar que: ^aEsta Ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución $\frac{1}{4}$ °. Consecuentemente, es deber del juzgador que conoce una de las acciones previstas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (acción de repetición), garantizar los derechos reconocidos en la Constitución, entre los que se encuentra el derecho a la defensa en todos los grados o etapas del procedimiento, y en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, más aún si es la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la que en su artículo 4.1 establece entre los principios procesales, el siguiente: ^aEn todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos°. De esta manera queda desvirtuada la argumentación del recurrente en el sentido de que en el procedimiento administrativo de investigación no es necesario respetar el derecho a la defensa, el mismo que a criterio del apelante solamente se podría usar en la fase jurisdiccional. Sostener aquello está en clara contraposición con lo expresamente determinado por la Corte Constitucional, cuando en su sentencia No. 023-13-SEP-CC emitida dentro del caso No. 1975-11-EP determina lo siguiente: ^a $\frac{1}{4}$ el derecho a la defensa incluye un conjunto de garantías básicas que deben cumplirse de forma imperativa en el desarrollo de todo proceso jurisdiccional o administrativo, en el que se decidan sobre derechos, a fin de proteger y garantizar la defensa e igualdad de las partes intervinientes, como alcanzar procesos justos y libres de arbitrariedades ($\frac{1}{4}$) El derecho a la defensa permite a las partes sostener sus pretensiones y rebatir los fundamentos de la parte contraria y posibilita a las personas a acceder a los medios necesarios para efectivizar sus derechos haciendo respetar sus pretensiones en el desarrollo de un proceso jurisdiccional o de un procedimiento administrativo, ya sea contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria o cualquier otro medio para desarrollar su defensa en concordancia con las garantías establecidas en la norma constitucional°. Concordantemente, en la sentencia 146-17-SEP-CC emitida el 17 de mayo de 2017 la Corte Constitucional determinó que: ^aEl procedimiento administrativo debe estar orientado a garantizar los derechos de las personas, pueblos y colectivo, según el caso, y en su

tramitación, deben cuidarse que se desarrollen todas las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa (¼) La Corte Constitucional ha sido reiterativa en que el ejercicio del derecho a la defensa garantizará que dentro de un procedimiento administrativo se obtenga una sustanciación y resolución justa. Por tal razón, el derecho a la defensa debe ser garantizado en todas las etapas del procedimiento administrativo, sin que pueda obstaculizarse ni negarse su ejercicio en ningún momento, pues ello conllevaría a generar un estado de indefensión. De ahí la importancia de entender el derecho a la defensa, como una garantía que debe respetarse de forma continua y permanente°. En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el derecho a la defensa no puede ser suspendido en ninguna etapa del procedimiento y debe respetarse en todo proceso, y es por ello que en la sentencia 227-12-SEP-CC emitida dentro del caso 1212-11-EP señaló: ^a ¼ . la continuidad y permanencia tiene una función a la vez de fin y de medio para el efectivo ejercicio del derecho a la defensa, pues de irrespetarla, el afectado carecerá de tiempo o medios para atacar las pretensiones contrarias a sus derechos e intereses y no será escuchado en sus alegaciones. Se puede concluir entonces, que la garantía de continuidad y permanencia del derecho a la defensa no admite restricción o disminución alguna, so pena de incurrir en una violación al debido proceso constitucional°.

En el caso sub examine se verifica que en los 6 Informes de Investigación que se anexaron a la acción de repetición se han determinado distintos grados de responsabilidad en contra de varios servidores o ex servidores públicos, y para dicha determinación las instituciones públicas accionantes ha practicado pruebas de manera unilateral, puesto que en ninguno de dichos procedimientos administrativos de investigación se ha contado con los servidores o ex servidores públicos en contra de quienes se ha determinado presuntas responsabilidades, lo cual no solamente contraría la presunción de inocencia garantizada en la Constitución de la República, sino que además evidencia que se les ha privado de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, no se les dio la oportunidad de ser escuchados en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, y se les impidió la posibilidad de contradecir o replicar las pruebas que las instituciones públicas habían preparado unilateralmente en su contra, contraviniendo de esta forma las disposiciones constitucionales y legales antes referidas, así como las sentencias de la Corte IDH y de la Corte Constitucional que son claras en determinar que se respetará el derecho a la defensa en los procesos judiciales y en todos los procedimientos administrativos, en cualquier etapa, grado o instancia.

2.5.- Estrechamente relacionado con el tema analizado en el numeral inmediato anterior, el apelante hace referencia a la falta de citación o notificación a los servidores o ex servidores investigados y afirma sobre el particular que dicha omisión no podía acarrear la nulidad de la causa, manifestando al respecto lo siguiente: ^aNo cabe duda que la validez procesal está estrechamente relacionada al contenido del art. 107 del COGEP, es decir, únicamente y exclusivamente la nulidad del proceso

puede ser declarada por una de aquellas causales ± taxativas ± sin que puedan crearse nuevas causales o darles a aquellas ya (si) existen un contexto diferentes al determinado por el legislador (¼) Precisamente la validez procesal debe y puede ser resuelta conforme el numeral 2 del art. 294 del COGEP, pero en este esquema no puede ni deben crearse nuevas causales de validez procesal al arbitrio de los jueces como ha sucedido en el presente caso, en el que de manera clara han resuelto que la falta de notificación ± citación ± con el Informe de Investigación ocasiona la nulidad insubsanable del proceso, al asimilar un Informe de Investigación con un proceso jurisdiccional ¼ °. En base a esta argumentación el apelante afirma que el auto recurrido ^a no cumple con los parámetros relativos a la lógica, pues no existe una conexión de las premisas mayores (proporcionada por la normativa aplicable y el auto emitido) y las premisas menores (dada por la petición de los demandados) (¼) en ninguna parte de la ratio decidendi se explica cómo se llega a la conclusión de que la falta de citación del Informe de Investigación acarrea la nulidad de la Acción de Repetición¼ °. Adviértase que el apelante intenta restar importancia a la falta de citación o notificación al considerar a dicha omisión como un asunto de mera formalidad que no podría acarrear la nulidad del proceso.

Al respecto se debe señalar que todo procedimiento administrativo (incluyendo el procedimiento administrativo de investigación previsto en la LOGJCC) debe estar orientado a garantizar los derechos de las personas, por lo que en su sustanciación debe garantizarse que se desarrollen las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa. Es solo a través del derecho a la defensa que el investigado o sumariado puede rebatir los fundamentos y pruebas actuadas por la administración pública y posibilita a las personas a acceder a los medios necesarios para efectivizar sus derechos. Dentro de esta contexto se debe señalar que la citación (que según el artículo 107.4 del COGEP es una solemnidad sustancial común a ^a todos° los procesos) dentro de un procedimiento administrativo de investigación es justamente u mecanismo procesal que tiene como finalidad que una persona pueda ejercer plenamente el derecho a la defensa, permitiéndole comparecer al procedimiento en el que se le está investigando para que pueda exponer sus posiciones frente a la administración pública, presentado sus argumentos y pruebas de descargo. Es por este motivo que la Corte Constitucional en la sentencia No. 012-13-SEP-CC emitida dentro del caso No. 0253-11-EP ha determinado que la notificación es un instrumento que permite desarrollar y tutelar el derecho a la defensa, entendiéndose que cualquier limitación y/o restricción constituye una arbitrariedad que vulnera el derecho a la defensa. En este sentido la Corte Constitucional señaló en la referida sentencia lo siguiente: ^a¼ la importancia de la notificación de las actuaciones procesales, radica en que constituye la base para que las partes puedan ser escuchadas dentro de un proceso, expongan su inconformidad o realicen las alegaciones que crean pertinentes en cada una de las etapas procesales¼ °. En la especie, se ha verificado que en ninguno de los Informes de Investigación aparejados al escrito que contiene la demanda de repetición, se ha citado y/o notificado a los servidores o ex servidores investigados, ya sea

personalmente o por cualquiera de los medios previstos en la legislación ecuatoriana, a pesar de que se tenía pleno conocimiento de sus direcciones y todos ellos eran ubicables. Esta falta de citación y/o notificación impidió que los investigados puedan contradecir o replicar las pruebas en base a las cuales se ha determinado una presunta responsabilidad en su contra, con lo cual queda evidenciado que en la sustanciación de los procedimientos administrativos de investigación se ha violado el legítimo derecho a la defensa que les asistía a los servidores y/o ex servidores públicos investigados, develándose así que no se trata de una mera formalidad insustancial como lo afirma el apelante, sino que se trata de la violación de un derecho constitucional relacionado con la garantía básica del debido proceso, cuya violación ha implicado la indefensión de los funcionarios investigados; y, por lo tanto, dicha omisión ha viciado el procedimiento investigativo de un vicio insubsanable que solamente podía ser subsanado a través de la declaratoria de nulidad. Anteriormente ya se mencionó la ineludible obligatoriedad legal que tenían las instituciones públicas accionantes de generar los procedimientos administrativos de investigación de manera previa a la interposición de la demanda de repetición, no obstante, esta Sala Especializada considera que en la sustanciación de dichos procedimientos investigativos se ha incurrido en una grave omisión que definitivamente tiene un alcance y dimensión procesal de trascendencia puesto que, al haberse omitido citar o notificar a los servidores investigados, se ha producido una nulidad insubsanable porque se ha violado la piedra angular del debido proceso (derecho a la defensa), siendo intrascendente si dicha omisión se haya alegado o no como excepción previa, puesto que dicha violación podía ser declarada aún de oficio por el juzgador de instancia toda vez que de los resultados de la fase administrativa de investigación dependía la determinación de la presunta responsabilidad subjetiva de los accionados, por dolo o culpa grave. Se debe además considerar que para la emisión de la sentencia de la Corte IDH los hoy accionados no pudieron ejercer su derecho a la defensa, y posteriormente al omitirse respetar dicho derecho a la defensa en la fase de investigación administrativa, se les ha dejado en total indefensión, debiendo señalarse sobre el particular que de conformidad al numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República, el todo proceso en que se determinen derechos u obligaciones de cualquier orden, corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar los derechos de las partes. Concordantemente, el numeral 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial disponen que es facultad jurisdiccional de los jueces ^aVelar por una eficiente aplicación de los principios procesales^o. También se debe considerar que la repetición exige la predeterminación de la responsabilidad dolosa o culposa grave, pues sus fines son meramente patrimoniales, consecuentemente la ausencia del derecho a la defensa en la investigación administrativa previa ocasiona inexactitud respecto a la responsabilidad de las personas contra quien se ejerce la acción. El tratadista Armando Cruz Bahamonde en su obra ^aEstudio crítico del Código de procedimiento civil^o, 2001, página 274, señala que: ^aHemos expresado que la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier

otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad^o. En esa línea, Hernando Devis en su obra ^aTeoría General del Proceso, Buenos Aires, Editorial Universidad, 3ra edición, 2004, página 41, manifiesta que: ^aPrincipio fundamental del derecho procesal es la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley: El derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que este acarrea, es decir, sus normas son de orden público, no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas; son de imperativo cumplimiento^o. De todo lo expuesto se colige con claridad que la omisión de notificar o citar a los servidores investigados y el hecho de haberles privado de su derecho a la defensa en el procedimiento administrativo de investigación previa prevista en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, acarrea consigo el incumplimiento del trámite propio de esta causa e incide directamente en su decisión, toda vez que no se ha establecido con claridad a través del agotamiento de la etapa previa de investigación la presunta responsabilidad de los accionados por dolo o culpa grave, así tampoco se ha logrado identificar (de existir) la presunta responsabilidad de otros funcionarios involucrados en el caso. Consecuentemente, al haberse violado el trámite propio de la causa y una vez que se ha identificado las repercusiones procesales y de trascendencia que la omisión de citación o notificación a los investigados ha ocasionado, esta Sala Especializada considera que el apelante no ha logrado demostrar sus aseveraciones.

TERCERO.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA rechaza el recurso de apelación propuesto por el Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado en su calidad de Procurador Común de los accionantes, dejando a salvo el derecho de los accionantes para que, una vez se sustancie el procedimiento administrativo de investigación respetando el debido proceso, presenten las acciones legales de que se crean asistidos.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora, conforme consta de la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-K de 01 de junio de 2015. Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.-

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

BOSSANO RIVADENEIRA MIGUEL ANGEL
CONJUEZ NACIONAL

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. ALVARO OJEDA HIDALGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 9 de julio del 2020, las 12h50. **VISTOS: AUTO INTERLOCUTORIO DE NULIDAD:** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir con la mayoría, emito voto salvado disidente en los siguientes términos:

PRIMERO.- La sentencia de 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió:

“ 341. Por tanto, LA CORTE DECLARA: Por unanimidad, que: 1. Dado el amplio reconocimiento de

responsabilidad efectuado por el Estado, que la Corte ha valorado positivamente, la excepción preliminar interpuesta carece de objeto y no corresponde analizarla, en los términos del párrafo 30 de la presente Sentencia. 2. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 145 a 227, 231 y 232 de la presente Sentencia. 3. El Estado es responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e Integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 244 a 249 y 265 a 271 de la presente Sentencia. 4. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 272 a 278 de la presente Sentencia. 5. No corresponde analizar los hechos del presente caso a la luz de los artículos 7, 13, 22, 23 y 26 de la Convención Americana, ni del artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por las razones señaladas en los párrafos 228 a 230 y 252 a 254 de esta Sentencia. Por unanimidad, que: 1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación. 2. El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de esta Sentencia. 3. El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares Internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia. 4. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades, en los términos del párrafo 301 de esta Sentencia. 5. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren

relacionamiento con pueblos indígenas, en los términos del párrafo 302 de esta Sentencia. 6. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en el párrafo 305 de la presente Sentencia. 7. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en los párrafos 307 y 308 de la presente Sentencia. 8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 317, 323 y 331 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 335 a 339 de la presente Sentencia, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 334 de la misma. 9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo, en relación con los párrafos 293 a 295, de la presente Sentencia. 10. Las medidas provisionales ordenadas en el presente caso han quedado sin efecto, en los términos del párrafo 340 de la Sentencia. 11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma." .

SEGUNDO.- Con fecha 7 de julio de 2016 se presentó la demanda de repetición No. 18803-2016-00156 ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, entre las siguientes partes procesales:

" Señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua:

Dr. Galo Chiriboga Zambrano Fiscal General del Estado; Ec. Ricardo Patiño Aroca, Ministro de Defensa Nacional, doctor Francisco Cristóbal Villacis Aguirre quien comparece mediante delegación del señor Ministro de Hidrocarburos; Dr. Jaime Emilio Piedra Maridueña, en calidad de Coordinador General Jurídico y delegado del Ministro del Ambiente, conforme al Acuerdo Ministerial 076, 17 de julio del 2013; Dr. Carlos Tomás Alvear Peña, Director General del Consejo de la Judicatura; Ing. Pedro Klever Merizalde Pavón Gerente General de EP Petroecuador, ante ustedes respetuosamente comparecemos con la siguiente demanda de Acción de Repetición:

De los Actores:

Dr. Galo Alfredo Chiriboga Zambrano, ecuatoriano, doctor en jurisprudencia, de estado civil casado,

mayor de edad, con casillero electrónico chiribogag@fiscalia.gob.ec, domiciliado en la ciudad de Quito, en calidad de Fiscal General del Estado;

Ricardo Armando Patiño Aroca, ecuatoriano, No. Cédula 09169305-1, economista, de estado civil casado, de 62 años edad, domiciliado en la ciudad de Quito, con el casillero electrónico rpatiño@midena.gob.ec, en calidad de Ministro de Defensa Nacional, conforme lo justifico con Decreto Ejecutivo N° 944 de 3 de marzo de 2016;

Doctor Francisco Cristóbal Villacis Aguirre, ecuatoriano, mayor de edad, doctor en Jurisprudencia, domiciliado y residente en la ciudad de Quito Distrito Metropolitano, en mi calidad de Director de Patrocinio Legal, Delegado del Ministro de Hidrocarburos; legalmente facultado mediante Acuerdo Ministerial No. MH-DM-2016-0017 AM de 18 de mayo de 2016, conforme consta del documento que acompaño;

Dr. Jaime Emilio Piedra Maridueña, Coordinador General Jurídico y delegado del Ministro del Ambiente, conforme al Acuerdo Ministerial 076 de 17 de julio del 2013, que acompaño, con cédula de ciudadanía No. 0703487116, ecuatoriano, de estado civil casado, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Quito.

Doctor Carlos Tomás Alvear Peña, con cédula de ciudadanía No. 0103734539, ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil casado, profesión doctor en Jurisprudencia y abogado de los Juzgados y Tribunales de la República, Director General del Consejo de la Judicatura y como tal representante legal, /judicial y extrajudicial de la Función Judicial, con domicilio en las Av. 12 de octubre N 24-593 y Francisco Solazar, del cantón Quito, provincia de Pichincha.

Ing. Pedro Klever Merizalde Pavón, ecuatoriano, ingeniero en petróleos, de estado civil casado, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Quito, por los derechos que represento en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, Empresa creada mediante Decreto Ejecutivo No. 315 de 6 de abril de 2010, en sustitución de PETROECUADOR y sus Filiales, conforme lo justifico con el nombramiento que adjunto, con domicilio en la ciudad de Quito, Alpallana E8- 30 y Diego de Almagro, Edificio Plaza Lavi; en ejercicio de lo prescrito en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional comparecemos con la siguiente demanda de Acción de Repetición:

I. DE LOS DEMANDADOS:

Presentamos esta demanda en contra de los señores:

1. Hugo Armando Unda Aguirre, en su calidad de ex Ministro de Defensa Nacional (período 2000-2003), por sus propios y personales derechos.

2. *Nelson Orlando Herrera Nieto, en su calidad de ex Ministro de Defensa Nacional (período 2003-2005), por sus propios y personales derechos.*
3. *Doctor José Guillermo Ávila Pineda, en su calidad de ex Juez Primero de lo Civil de Pastaza, en el año 2002.*
4. *Señor Jaime Ruperto Lugo Sánchez, en su calidad de ex Secretario del Juzgado Primero de lo Civil de Pastaza, en el año 2002.*
5. *Dr. Marco Vargas Zúñiga, ex agente fiscal en el cantón Puyo, provincia de Pastaza, entre el 21 de octubre de 2002 y el 13 de julio de 2005.*
6. *Dr. Jorge Humberto Gil Aviles, ex agente fiscal en el cantón Puyo, provincia de Pastaza, a partir del 13 de julio de 2005.*
7. *Dra. Ruth Maribel Barreno Velín, ex agente fiscal en el cantón Puyo, provincia de Pastaza desde el 23 de diciembre de 2005, y actualmente Fiscal Provincial.*
8. *Dr. Jorge Daniel Cadena Chávez, ex agente fiscal de la provincia de Pichincha, entre 12 de septiembre de 2000 a 31 de mayo de 2007.*
9. *Dr. Raúl Gustavo Salgado Serrano, ex agente fiscal de la provincia de Pichincha, desde el 12 de septiembre de 2000, actualmente Juez de Garantías Penales de Pichincha.*
10. *Dr. Fausto Santiago Trujillo Castillo, agente fiscal de la provincia de Pichincha., desde el 12 de septiembre de 2006, hasta la presente fecha.*
11. *Dra. Clara Isabel Aveiga Solórzano, agente fiscal de la provincia de Pichincha, desde el 23 de diciembre de 2005 hasta la presente fecha.*
12. *Dr. Mauricio Enrique Pacheco, agente fiscal de la provincia de Pichincha, desde 13 de octubre de 2009 hasta el 16 de marzo de 2010.*
13. *Gral. Patricio Gustavo López Moreno, en calidad de ex Secretario del Comité Especial de Licitación, como ex Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR y suscribió el Contrato, con autorización del Consejo de Administración.*
14. *Ing. Román Lazo Luis Alberto, en calidad de ex Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, en el periodo desde 17 de noviembre de 1997 hasta 14 de agosto de 1998.*
15. *Ing. Gordillo Garcia Mauro Ramiro, en calidad de ex Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, en el periodo desde 21 de agosto de 1998 hasta 29 de marzo de 1999.*
16. *Ing. Pareja Cucalón Jorge Emilio, en calidad de ex Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR,*

en el periodo desde 29 de marzo de 1999 hasta 25 de noviembre de 1999.

17. Ing. Rodolfo Barniol Zerega, en calidad de ex Presidente Ejecutivo de Petroecuador, en el periodo desde 01 febrero de 2000 hasta 04 de julio de 2002.

18. Dr. René Ortiz Durán ex Ministro de Energía y Minas, quien expidió el Acuerdo Ministerial No. 197, publicado en el Registro Oficial No. 176 de 23 de abril de 1999.

19. Ing. Carlos Arboleda Heredia, ex Ministro de Energía y Minas en el año

20. Ing. Liszett Rocío Torres Zapata, ex Subsecretaria de Protección Ambiental (E) en el año 2002.

21. Ing. Edgar Roberto López Moncayo, ex Director Nacional de Protección Ambiental (E) en el año 2002.

II.- COMPETENCIA DEL JUEZ^{1/4}.

TERCERO.- Al final de la demanda, esto es en la página 96, se dice: *“Comparece también en la presente demanda el Dr. Guillermo Vasco León, Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, de conformidad con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.”*

CUARTO.- 4.1.- Mediante auto de 13 de julio de 2016, 10h30, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, dispone: *“Para cumplir lo previsto en el numeral 2, del Art. 142 ibídem, se indicará en forma precisa y clara en que calidad comparece el señor Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, toda vez que el Art. 2 y Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, señalados en la demanda son incompatibles, ya que el primero se refiere a legitimación activa en las causas, y el segundo a legitimación pasiva y supervisión en las causas contra el Estado, aclarado lo solicitado deberá acreditar su representación y/o delegación para ejercer el patrocinio del Estado y ser claro en su relato.”* **4.2.-** El mismo día 13 de julio de 2016, 16h04, el Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, presenta un escrito en el cual menciona que: *“SEGUNDO.- Debe quedar claro que yo, doctor Guillermo Vasco León, comparezco en la demanda en calidad de Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, y como tal, Delegado del Procurador General del Estado, conforme el documento que en copia certificada y en una foja útil adjunté a la demanda, acreditando dicha calidad, en ejercicio del Patrocinio del Estado. BASE LEGAL: artículos 235 y 237 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 2 y 6 de la*

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y artículo 57 numeral 3, del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, que señala: "Los Directores Regionales son Delegados del Procurador General del Estado y como tales les corresponde cumplir las siguientes funciones: 3. Ejercer el patrocinio o defensa de las instituciones y organismos del Estado que carezcan de personería jurídica, y en los demás casos que compete intervenir en defensa del patrimonio nacional y del interés público como representante judicial del Estado". **4.3.-** Consta a fojas 1849, en una sola foja únicamente la acción de personal No. 518-DNATH de 4 de julio de 2014, por la cual se le nombra al Dr. Guillermo José Vasco León como Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado. **4.4.-** Los artículos 235 y 237 de la Constitución de la República, señalan que la Procuraduría General del Estado estará representada por la o el Procurador General del Estado, y que entre sus funciones exclusivas está la representación judicial del Estado. **4.5.-** El Director Regional de Chimborazo se limita simplemente a señalar los artículos 57 numeral 3 del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, conjuntamente con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE) pese a que el Tribunal Contencioso expresamente le dijo que tales artículos son incompatibles entre sí, por lo que el Director Regional en realidad no explica nada ni es claro en su relato.

QUINTO.- 5.1.- Para este Juez Nacional es evidente que en la presente causa se dio desde el inicio una ilegitimidad de personería activa sustancial, pues siendo el título de imputación el señalado al final del primer inciso del artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), esto es una sentencia contra el Estado ecuatoriano como tal, por lo que no hay una sola entidad responsable, dada por un organismo internacional de protección de derechos como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos; entonces la legitimación activa en dicho caso, conforme el primer inciso del artículo 68 de la LOGJCC, la tendría únicamente el abogado del Estado, esto es de manera exclusiva el Procurador General del Estado quien, y solo ella o él, tiene la representación judicial del Estado para un caso como el presente. **5.2.-** No podía comparecer en la demanda, de una manera por lo demás ambigua como se lo ha señalado en los considerandos tercero y cuarto únicamente el Director Regional de Chimborazo por sí solo. Pues entre otros aspectos, reitero, el título de imputación en el presente caso para iniciar la demanda de repetición, no es una sentencia o auto definitivo de un tribunal ecuatoriano que disponga reparar las violaciones a los derechos de los particulares, por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, por las acciones u omisiones de funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos en una determinada institución pública; sino una sentencia de un organismo internacional como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena al Estado Ecuatoriano directamente y como tal; debiéndose notar que

el mencionado título de imputación no consta en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, ni en el artículo 328 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), sino únicamente en la parte final del primer inciso del artículo 67 de la LOGJCC. **5.3.-** Por tanto, considero que no es factible jurídicamente que en la presente causa no haya personalmente suscrito la demanda de repetición el Procurador General del Estado, lo cual obviamente resulta trascendente; quien hubiera podido delegar para los actos procesales subsiguientes, entre otros, a cualquiera de los directores regionales, uno o más, de la Procuraduría General del Estado, o a los directores jurídicos de otros ministerios o entidades públicas. **5.3.1.-** Este Juez Nacional considera que en el presente caso no se ha dado cumplimiento a lo establecido por los artículos 2 de la LOPGE en concordancia con el 67 primer inciso y 68 primer inciso de la LOGJCC, pues el Procurador General del Estado debía comparecer directamente suscribiendo la demanda, por tratarse de una competencia reservada. **5.3.1.1.-** Aún si se mantendría la tesis de que podría haberlo hecho a través de su delegado, por ejemplo cualquiera de los directores regionales de la Procuraduría General del Estado, entonces éste para suscribir la demanda -como actor, sin que haya lugar a confusiones al respecto-, debía tener una delegación específica o expresa para así hacerlo, en la cual conste necesariamente como mínimo quienes serán los demandados; pues nótese que en el presente caso, que tiene un título de imputación muy particular como ya se ha señalado, entre los veintidós demandados constan dos ex Ministros de Defensa Nacional, cinco ex Presidentes Ejecutivos de Petroecuador y dos ex Ministros de Energía y Minas, no pudiendo dejarse a criterio de un director regional en una acción de repetición como la presente si demanda a todos ellos, o a algunos sí y a otros no, o a otros distintos; decisión que en una acción de repetición, que tiene su origen en una sentencia condenatoria contra la República del Ecuador por un organismo internacional de protección de derechos humanos, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la legitimación activa solo la tendría el abogado del Estado, esto es de manera exclusiva el Procurador General del Estado; sin que la misma pueda ser ejercida, reclamada o absorbida, o cosa parecida, por un Director Regional de la Procuraduría General del Estado sin una delegación expresa al efecto, supuestamente solo amparado de manera simultánea en dos artículos incompatibles entre sí, como lo señaló el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, esto es los artículos 2 y 6 de la LOPGE, y menos aún en un artículo reglamentario de carácter general como lo sería el artículo 57 numeral 3 del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, cuyos alcances generales y ordinarios obviamente no están considerados para abarcar acciones expresas y especiales como lo sería la que aquí se está tratando. **5.3.1.2.-** En definitiva, no consta o al menos el Director Regional de Chimborazo no lo señala, la delegación expresa que le habría dado el Procurador General del Estado para proceder en esta causa, ni tampoco consta que le haya autorizado a no comparecer como demandante, sino de una manera ambigua como la indicada en los considerandos tercero y cuarto de este auto; más aún cuando los Directores Regionales normalmente

actúan con su solo nombramiento y delegación general de carácter reglamentario dentro de sus respectivas jurisdicciones, y no a nivel nacional como sí lo hace por ejemplo el Director Nacional de Patrocinio, no habiendo duda que esta acción de repetición tiene un alcance nacional y no es un tema restringido a una región; por lo cual, en estricto sentido, no se sabe realmente en que calidad comparece el Director Regional de Chimborazo para ser parte de una acción de repetición dirigida contra veintiún funcionarios públicos, entre los cuales constan desde un ex Secretario del Juzgado Primero de lo Civil de Pastaza, hasta ex Ministros de Defensa Nacional y ex Ministros de Energía y Minas, esto es si comparece como demandante, como co-demandante, en litis consorcio activo o en litis consorcio activo necesario, o como tercerista, o como veedor o supervisor del juicio. En fin, para evitar todas estas situaciones procesales ambiguas y otras similares, este Juez Nacional considera que el Procurador General del Estado debía en este caso comparecer personalmente, suscribiendo la demanda de repetición por tratarse de un caso especial de competencia reservada.

SEXTO.- 6.1.- Quienes sí han comparecido expresamente como actores, esto es como demandantes, han sido únicamente el Fiscal General del Estado; el Ministro de Defensa Nacional; el Director de Patrocinio Legal como delegado del Ministro de Hidrocarburos; el Coordinador General Jurídico como delegado del Ministro del Ambiente; el Director General de Consejo de la Judicatura; y el Gerente General de la EP PETROECUADOR; tal como claramente se desprende de la página 1 y 2 de la demanda. Ninguno de los señalados tiene la representación judicial del Estado propiamente dicha, la cual corresponde exclusivamente a la o el Procurador General del Estado, conforme el artículo 237 numeral 1 de la Constitución de la República y artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; por tanto mal podían comparecer como parte actora en la presente causa. **6.2.-** Si ellos fueran -que no lo son- los actores debidamente legitimados, entonces este Juez Nacional se cuestiona adicionalmente por qué no comparecieron más ministros de Estado firmando la demanda de otras carteras de Estado que podrían también tener relación con la condena al Estado ecuatoriano que se da en la sentencia internacional mencionada, u otros órganos estatales que podrían también considerarse involucrados; siendo en tal sentido notaria y evidente la falta de comparecencia, junto a los señalados, de la o el ministro por intermedio del cual efectivamente se realizó el pago al cual fue condenado el Estado ecuatoriano, esto es del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, al cual incluso se lo señala en el punto 4.2 de la demanda, o de la institución que lo haya reemplazado. **6.3.-** Los actores en la presente causa, por tanto, no son titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta, existiendo así en la presente causa una manifiesta falta de acción (*sine actione agit*) al no darse, de manera tan palmaria, la *legitimatío ad causam* esto es la legitimad para obrar, pues los actores no tienen la titularidad para

demandar como ya se ha explicado. **6.3.1.-** Señalándose además, que si los Ministros de Ambiente y el de Hidrocarburos hubieran sido legitimados activos, mal hubieran podido comparecer a través de un delegado, sino que ellos en persona hubieran tenido que suscribir la demanda de repetición, siendo otra cosa obviamente que hubieran podido igualmente nombrar a abogados del Ministerio para que presenten cualquier escrito subsiguiente para la continuación del proceso, pero la presente demanda de repetición como tal no hubieran podido dejar de suscribirlas por ser las máximas autoridades conforme el artículo 68 primer inciso de la LOGJCC; por lo que incluso hasta se podría sostener que el Director de Patrocinio Legal- Delegado del Ministro de Hidrocarburos y el Coordinador General Jurídico-delegado del Ministro del Ambiente, incluso van más allá e incurrirían ya no sólo en falta de legitimación, sino en incapacidad como representantes, esto es en falta de *legitimatio ad processum*, pues como ya lo he mencionado ellos no podían suscribir la demanda por sí solos a nombre de los ministros de tales carteras de estado conforme el artículo 68 primer inciso de la LOGJCC. Obviamente en los casos similares que corresponda demandar los Ministros de Estado sí se debería contar además con el patrocinio y asesoramiento legal de la PGE conforme los artículos 2 y 3 de su ley orgánica, pero en esos, a diferencia del presente, el factor de atribución no será una sentencia condenatoria de un organismo internacional de protección de derechos, sino los otros señalados en el mismo primer inciso del artículo 67 de la LOGJCC en concordancia con el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la Republica, que por otra parte devendrán de una sentencia nacional condenatoria, que es una situación distinta a la aquí tratada. **6.4.** Autorizada doctrina, con la cual este juez nacional en lo principal está de acuerdo, nos indica que: ^aEn definitiva, lo que se pretende mediante el ataque a la regularidad del proceso en sí es la desestimación ab initio por parte del juez, por faltar la titularidad, o el interés, o la condición de persona habilitada para discutir sobre el objeto del juicio. La doctrina asimismo ha encendido que el alcance de la habilitación judicial para pronunciarse respecto de la legitimación opera aun antes de un planteo excepcionante, en virtud de la potestad del juez para pronunciarse respecto a uno de los requisitos fundamentales vinculantes con la pretensión. En síntesis: a) Puede ser declarada de oficio, de forma previa a la interposición de la excepción en sí, la falta de legitimación activa -sine actione agit- por improponibilidad subjetiva. Se ejerce por parte de la jurisdicción un control efectivo e inevitable a las resultas de evitar un trámite que de modo alguno podrá prosperar en una sentencia de mérito. El mérito de la sentencia será justamente la desestimatoria de tal calidad del accionante. b) Puede ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento, cuando pueda ser declarada sin otro trámite que el traslado de la excepción y sobre la base de los elementos existentes en autos, inicialmente incorporados a la causa, de cuyas resultas surjan la falta de titularidad, la falta de interés o la falta de la condición de la persona habilitada.^o Valeria Montaldo Maiocchi, *Falta de Legitimación para Obrar*, 199-239, en ^aDefensas y Excepciones^o dirigido por Osvaldo Alfredo Gozaíni, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 2007, pg 223. Por tanto, la legitimación para obrar es un

requisito que el juez puede examinar, incluso de oficio, previamente a la entrada en el fondo del asunto, porque se trata de una cuestión sustancial de derecho, pues la falta ostensible de legitimación evidencia inequívocamente la inexistencia de relación jurídica alguna entre las partes procesales. **6.5.-** Siendo pertinente dejar sentado también que no se daría, para validar la legitimación activa de los actores en este caso, lo señalado en el artículo 68 de la LOGJCC referente a que de todas maneras ^a cualquier persona^o podrá interponer una acción de repetición, pues en el presente caso los demandantes señalados en el considerando segundo no comparecen como personas naturales en esta causa, esto es a título personal como: Dr. Galo Chiriboga Zambrano, Ec. Ricardo Patiño Aroca, Dr. Francisco Villacis Aguirre, Dr. Jaime Piedra Maridueña, Dr. Tomás Alvear Peña, Ing. Pedro Merizalde Pavón; sino que lo hacen de manera institucional por el cargo que ostentan e institución que representan: en las calidades de Fiscal General del Estado, Ministro de Defensa Nacional, Director de Patrocinio Legal y Delegado del Ministro de Hidrocarburos, Coordinador General Jurídico y delegado del Ministro del Ambiente, Director General del Consejo de la Judicatura y como tal representante legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial, y como Gerente General y Representante Legal de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP Petroecuador; lo cual es un tema totalmente diferente, pues no están compareciendo como personas naturales, sino como representantes institucionales a nombre y en representación del Estado Ecuatoriano para demandar la repetición contra otros funcionarios estatales, por una sentencia internacional condenatoria expedida contra el Estado Ecuatoriano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando como se ha dicho el único funcionario que tiene la representación judicial del Estado para un caso como el analizado es solamente el Procurador General del Estado.

Por todo lo antes indicado, y sin que sean necesarias más consideraciones, este Juez Nacional **RESUELVE:** Conforme los artículos 110 numeral 1 y 107 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, se declara de oficio la nulidad del proceso desde la demanda, por haberse incurrido en el presente caso en ilegitimidad de personería activa sustancial conforme se ha explicado. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

BOSSANO RIVADENEIRA MIGUEL ANGEL

CONJUEZ NACIONAL

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL



Juicio No. 18803-2016-00156

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, martes 11 de agosto del 2020, las 08h57.

Juicio No. 18803-2016-00156

VISTOS.- Agréguese al proceso los escritos presentados el 23 de julio de 2020 por los procuradores judiciales de las señoras Lizsette Rocío Torres Zapata y Ruth Maribel Barreno Velin. Considérese su contenido en lo que fuere pertinente.

El Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado interpuso recurso horizontal de aclaración y ampliación respecto de la sentencia de mayoría de fecha 09 de julio de 2020 emitida dentro de la presente causa. Con auto de sustanciación de 21 de julio de 2020 se corrió traslado a la contra parte a fin de que se pronuncien en el término de 48 horas respecto al citado recurso horizontal. Con escritos presentados el 23 de julio de 2020, los procuradores judiciales de las señoras Lizsette Rocío Torres Zapata y Ruth Maribel Barreno Velin se opusieron al pedido de aclaración y ampliación *“por ser ajenos, confusos y contradictorios; y, porque la sentencia es clara no oscura y se ha decidido sobre los puntos controvertidos”*. Estando este recurso horizontal en estado de resolver, para hacerlo se considera:

1.- El recurrente manifiesta: *“Respecto del recurso de ampliación, la sentencia omite pronunciarse sobre la petición realizada en el recurso de apelación interpuesto, así de la alegación de mi representada se fundamentó en que: «Revisadas las excepciones previas, no existe ninguna que vincule a la nulidad procesal contenida en el art. 107 numeral 4 del COGEP que haya obligado a que los jueces del Tribunal ± sin rechazarlas o aceptarlas ± se pronuncien sobre la falta de citación del Informe de Investigación (1/4) Esta alegación no ha sido resuelta pues el auto de 9 de julio de 2020, únicamente se refiere a la interpretación que realizan sus señorías del artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en correlación con el artículo 76 de la Constitución de la República (CRE). Por ello solicito que amplíen su auto y se pronuncien sobre todas las alegaciones realizadas por mi representada en el recurso interpuesto» 1/4 °. Analizada que ha sido la fundamentación del apelante se colige que éste considera que en la sentencia de 09 de julio de 2020 no se han analizado todas sus alegaciones, especialmente en lo relacionado a las causales de nulidad previstas en el artículo 107 del COGEP y a la falta de citación o notificación con el Informe de Investigación a los funcionarios o ex funcionarios involucrados. Sobre el particular se debe señalar que en el considerando 2.3 de la sentencia de 09 de julio de 2020 se advierte que *“son varios los argumentos esgrimidos por el apelante, por lo que corresponde analizar por separado cada uno de ellos”*. Y es así que en este considerando en primer lugar se analizó la alegación del apelante de que*

los Informes de Investigación que se adjuntaron a la demanda se tratan de una simple identificación de los servidores o ex servidores que participaron en el hecho. En el considerando 2.4 se analizó la argumentación del apelante de que el derecho a la defensa solamente es aplicable a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos sancionadores. Especial atención se debe poner al considerando 2.5 en el que se analizó el tema relacionado a la falta de citación o notificación del Informe de Investigación a los funcionarios o ex funcionarios que participaron en el hecho, para lo cual se consideró, entre otras normas, el contenido del artículo 107 del COGEP. De lo expuesto se colige con meridiana claridad que en el sentencia de 09 de julio de 2020 se resolvieron todos los puntos controvertidos, para lo cual se consideraron y analizaron todos los argumentos del apelante, incluyendo lo relativo a las causales de nulidad previstas en el artículo 107 del COGEP y a la falta de citación o notificación con el Informe de Investigación a los funcionarios o ex funcionarios involucrados, por lo que no existe asunto alguno que haya que ampliar.

2.- Al apelante agrega en su recurso lo siguiente: *“Respecto del recurso de aclaración, la sentencia es oscura en tanto no explica cuál es el trámite aplicado por los señores jueces al resolver el recurso de apelación”*^{1/4}°. Luego de hacer un recuento cronológico de lo sucedido en el juicio, el apelante señala: *“1/4 en su auto de fecha p09 de julio de 2020, se niega el recurso de apelación pero no se señala el trámite que se dio a la causa por parte de los señores jueces, siendo que en aplicación del artículo 260 del COGEP y por principio de seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, el trámite a seguirse era ser convocados a audiencia”*°. Adviértase que el apelante considera que la sentencia emitida en la presente causa es oscura por el hecho de que no ha mencionado el trámite dado a la causa, agregando que debía haberse convocado a audiencia en aplicación del artículo 260 del COGEP. Nótese que el recurrente pretende que se aplique a la presente causa la norma general de la apelación prevista en el artículo 260 del COGEP, norma ésta que se aplica para las apelaciones presentadas en materias no penales distintas al contencioso administrativo, olvidando el recurrente que el trámite del juicio de repetición está regulado en los artículos 67 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y concretamente, en lo referente al recurso de apelación, el mismo se encuentra regulado en el artículo 73 de la referida Ley, sin que en el citado artículo se haya previsto audiencia alguna como pretende el apelante. Queda claro entonces que el trámite del juicio de repetición no está previsto en el artículo 260 del COGEP como afirma el recurrente, sino que el trámite para la apelación está regulado en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tal como se mencionó de forma clara en el literal f) de la primera parte de la sentencia emitida en la presente causa, sin que haya algo que aclarar al respecto.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, se niega el recurso horizontal de ampliación y aclaración interpuesto por el Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado. En virtud de que el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo emitió voto salvado en la sentencia dictada en la presente causa, firma el presente auto por obligación legal.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

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

BOSSANO RIVADENEIRA MIGUEL ANGEL
CONJUEZ NACIONAL

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

127483184-DFE

Juicio No. 09802-2016-00169

Resolucion No 392-2020

JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, lunes 13 de julio del 2020, las 12h34. **VISTOS:** En virtud de que: **A)**

El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuer nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como el acta de sorteo de 16 de mayo de 2019 que consta en el proceso, y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos. **PRIMERO.-** Por sentencia expedida el 24 de febrero de 2017, 8h15, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, dentro de la acción propuesta por el señor Cristian Paúl León Navarrete en contra del Ministro de Defensa Nacional, del Director de Recursos Humanos de la Fuerza Naval y del Presidente del Consejo de Personal de Tripulación de la Armada del Ecuador, así como del Procurador General del Estado se resolvió que: *“ Por lo expuesto, este TRIBUNAL @ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA@acepta parcialmente la demanda y dispone que se proceda a realizar la liquidación de todos los derechos que le hayan correspondido el tiempo que haya durado, esto es de las remuneraciones que dejó de percibir mientras duró su extrañamiento, con los intereses respectivos hasta su efectivo pago.”.* **SEGUNDO.-** Mediante auto de 12 de abril de 2019, 8h29, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director General de Talento Humano de la Armada del Ecuador con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación,

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
ALVARO OJEDA
HIDALGO
JUEZ NACIONAL
CÓDIGO
E-CUITO
0001896289
0200419078

exclusivamente por el error de errónea interpretación del artículo 88 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Corrido traslado con el recurso admitido, no se ha dado contestación al mismo. **TERCERO.- 3.1.-** Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esta se refiere, ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el *error in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por "falta de aplicación" (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por "aplicación indebida" de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación" (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. **3.2.-** La falta de aplicación consistiría, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entrañaría "un error de selección"; y, la errónea interpretación equivale a "error del verdadero sentido de la norma". Las tres circunstancias de la causal primera de la Ley de Casación, evidentemente, no podrían producirse simultáneamente respecto a una misma norma legal. **CUARTO.-** Con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación la institución recurrente alega que en la sentencia impugnada se ha producido una errónea interpretación del artículo 88 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas (LPFA) y señala que el Tribunal Penal de Manta de la provincia de Manabí, mediante sentencia dictada en un procedimiento abreviado en contra de Cristian León Navarrete y otros, resolvió: "*SEXTO: RESOLUCIÓN: Por las consideraciones expuestas¼ se arribó a la certeza de haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción que motiva el proceso como la responsabilidad de los acusados señores CRISTIAN PAÚL LEÓN NAVARRETE¼ como autores del delito de apropiación ilícita¼ se impone la pena de tres meses de prisión correccional, con daños y perjuicios con costas.*", ante lo cual, el Consejo Regulador de la Carrera Militar dejó insubsistente la baja militar y devolvió al actor al servicio activo mediante resolución COSTRI No. 425 de 1 de diciembre de 2015, con lo cual, la Armada del Ecuador habría cumplido con lo establecido en el artículo 88 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, pues se le reingresó a la institución, se cambió su situación militar a servicio activo, se lo reingresó a la respectiva promoción con la antigüedad que ostentó previo a su salida, se realizó el reconocimiento como tiempo de servicio efectivo el lapso por el cual estuvo fuera de la institución para el efecto del otorgamiento de los estímulos militares. Por lo que consideran que los jueces del Tribunal Distrital hacen una errónea interpretación del artículo 88 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas al ordenar que: "*¼ se proceda a realizar la liquidación de los derechos que le hayan correspondido,*

esto es las remuneraciones que dejó de percibir mientras duró su extrañamiento de la Institución, con los intereses respectivos hasta su efectivo pago^{1/4}. Añade la institución recurrente, que el artículo referido en ningún momento establece que se liquide valor alguno por concepto de sueldo, ni siquiera hace referencia del tiempo a través de la figura del extrañamiento, y finalmente hace hincapié en el hecho de que: *“ En el presente caso, el actor en sí reclama que se le pague por el tiempo que estuvo en prisión por un delito admitido de manera libre y voluntaria, y así atribuido como autor por autoridad judicial penal competente, todo en función del Art. 88 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas que como se explicó desde el inicio hace relación a la profesión militar (grados, ascensos, pensiones, condecoraciones y reconocimientos, etc.). Esta ley no regula nada respecto del ámbito de remuneración del personal militar, incluso el artículo en cuestión se encuentra dentro del Título III De La Situación Militar, Capítulo III De La Baja*^{1/4} *Todo lo expuesto, sin perjuicio del incomprensible y sui generis criterio de que corresponde @quidar valores@dejados de percibir por el hecho fáctico y real de haberse encontrado el actor cumpliendo una pena privativa de libertad en razón de un proceso penal sustanciado por un delito de apropiación ilícita en contra precisamente de bienes del Estado al cual a través de Sentencia, objeto de este recurso, se le dispone que pague por un supuesto derecho establecido en la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Es decir el Estado pagando a quien en su oportunidad admitió libre y voluntariamente y así fue juzgado por autoridad competente a quien a más de perjudicar no realizó en su favor trabajo alguno evidentemente durante el tiempo que cumplía una condena por menor que esta haya sido establecida.”.* **QUINTO.-** El artículo 88 de la LPFA dispone: *“ Si se dictare sentencia absolutoria o pena privativa de libertad de noventa días o menos, se dejará insubsistente la baja del militar y volverá al servicio activo, recuperando todos los derechos que le hayan correspondido. El tiempo que haya durado la pena privativa de la libertad, no será tomado en cuenta para determinar su antigüedad y ascenso.”.* **SEXTO.-** Por su parte, los jueces distritales en la sentencia recurrida determinan que: *“ El artículo 88*^{1/4}; *por lo que al haberse verificado el presupuesto legal, al haber obtenido sentencia absolutoria tenía el derecho de recuperar su trabajo, con todos los derechos que le habrían correspondido en el ejercicio de su función, entre ellos, el de la remuneración durante el tiempo que estuvo extrañado de sus labores, con todos los beneficios sociales que ello implica.”.* Posteriormente, en providencia de 24 de abril de 2017, los jueces distritales ante el pedido de aclaración de la institución demandada, señalan que se ha producido un *lapsus calami* en lo referido en el considerando sexto al haber señalado que el actor obtuvo una sentencia absolutoria dentro del proceso penal abreviado por el delito de apropiación ilícita. Señalan los jueces distritales que se ha producido un error mecanográfico, pero que en lo que se refiere al pago de haberes, el Tribunal realizó correctamente la relación lógico-jurídica. **SÉPTIMO.-** Este Tribunal de Casación observa que el actor fue sentenciado a tres meses de prisión por haber sido declarado autor del delito de apropiación ilícita.

El artículo 88 de la LPFA dispone que en el caso de que se dicte una sentencia con pena privativa de libertad de noventa días o menos, se dejará insubsistente la baja militar y el funcionario volverá al servicio activo, recuperando todos los derechos que le hayan correspondido. Al efecto, el Consejo Regulador de la Carrera Militar mediante Resolución COSTRI No. 425 de 1 de diciembre de 2015, dejó insubsistente la baja militar y devolvió al actor al servicio activo, con lo cual además se ejecutaron las siguientes acciones: la Armada del Ecuador permitió el reingreso a la institución del señor Cristian Paúl León Navarrete, se cambió su situación militar a servicio activo, se lo reingresó a la respectiva promoción con la antigüedad que ostentó previo a su salida, se realizó el reconocimiento como tiempo de servicio efectivo, el lapso por el cual estuvo fuera de la institución para el efecto del otorgamiento de los estímulos militares, conforme lo dispone el artículo 88 de la LPFA al referirse a todos los derechos que le hayan correspondido; por lo que este Tribunal de Casación considera que de manera alguna el artículo 88 de la LPFA dispone que se deberá realizar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en virtud de la separación que en su momento se dio de la institución militar de la cual fue sujeto el actor, que tiene relación con el hecho de haber sido declarado culpable del delito de apropiación ilícita, por lo que se observa que se ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 88 referido, y por tanto se acepta la causal primera invocada. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** Acepta el recurso de casación presentado por el Director General de Talento Humano de la Armada del Ecuador, y por tanto se casa la sentencia impugnada expedida el 24 de febrero de 2017, 8h15, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, y se rechaza la demanda. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

127650073-DFE

Juicio No. 17811-2017-00374

Resolucion No 406-2020

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

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 15 de julio del 2020, las 10h42. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjuces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **c)** El 20 de diciembre de 2019 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango, este último en calidad de Juez ponente; mas sin embargo, en la audiencia de casación el Juez ponente emitió su voto salvado disidente, razón por la cual el Juez Nacional (e) Iván Larco Ortuño asume la ponencia de la presente causa. **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia dictada el 27 de marzo de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2017-00374 deducido por el señor Nelson Cristian Redrobán Viera en contra del Procurador General del Estado y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), resolvió aceptar parcialmente la demanda, declarar la nulidad de los actos impugnados, disponiendo el reintegro del actor a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, de las cuales se descontará la indemnización que se entregó al accionante por concepto de compra de renuncia obligatoria.

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
IVAN RODRIGO
LARCO ORTUÑO
C=ECUADOR
E=QUITO
0004896299
0200419075

1.2.- El Procurador Judicial del Director General del IESS interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos 2, 4 y 5 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Por su parte, el señor Nelson Cristian Redrobán Viera planteó recurso de casación de la citada sentencia fundamentándose en los casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP.

1.4.- Con auto de 30 de julio de 2019 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite los 2 recursos de casación interpuestos.

1.5.- Con auto de sustanciación de fecha 28 de enero de 2020 se convocó para el día jueves 05 de marzo de 2020, a las 15h30, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.6.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció la institución pública recurrente a través de su procuradora debidamente acreditada, quien expuso su fundamentación en base a las causales que fueron admitidas a trámite. También compareció el actor del juicio que también es recurrente, acompañado de su defensa técnica, quien también fundamentó el recurso en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes procesales el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral de mayoría rechazando el recurso de casación interpuesto por el señor Nelson Cristian Redrobán Viera y aceptando el recurso planteado por el IESS exclusivamente por los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

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

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

2.2.-Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 27 de marzo de 2019 dentro del juicio No. 17811-2017-00374 adolece de los errores de derecho acusados por los recurrentes; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

III.- RESPECTO AL RECURSO INTERPUESTO POR EL SEÑOR NELSON CRISTIAN REDROBÁN VIERA

3.1.- En lo relacionado al caso 3 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 3 del artículo 268

del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida ha omitido resolver un punto de la controversia, concretamente, aduce que el Tribunal de instancia ha omitido resolver lo relativo al pago de intereses. Para fundamentar el recurso por este vicio el recurrente transcribe la parte pertinente de su demanda en la que efectivamente se ha hecho referencia el pago de intereses. También el casacionista transcribe la parte resolutive de la sentencia recurrida en la que el Tribunal de instancia no ha mencionado el tema relacionado a los intereses. Adicionalmente el recurrente menciona que ha solicitado ampliación de la sentencia recurrida pero que el Tribunal de instancia no ha atendido su pedido de pago de intereses. Como fundamento de su pretensión el recurrente cita el artículo 46 de la LOSEP que en su inciso segundo se dispone lo siguiente: ^a¼ *Si además en la sentencia o auto se dispusiere que el servidor o servidora tiene derecho al pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá los valores que dejó de percibir con los respectivos intereses*¼ °. Finalmente el casacionista cita normas constitucionales y legales referente a la tutela judicial.

Es necesario recordar que la causal invocada por el casacionista implica un error de congruencia, que tiene 3 aspectos: a) cuando se otorga más de lo pedido (*plus petitio*); b) cuando la sentencia otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*); y, c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). En la especie, el recurrente acusa a la sentencia del vicio de *citra petita* o también denominada *mínima petita*. Entonces, como instrumento de análisis, el yerro de incongruencia debe resultar de la comparación o confrontación entre las pretensiones de la demanda, las excepciones planteadas por el demandado, y la parte dispositiva de la sentencia. En la especie, el recurrente se ha limitado a transcribir la pretensión de su demanda y la parte resolutive de la sentencia recurrida. Lo que ha omitido mencionar el recurrente es que en la contestación a la demanda (fojas 37 a 46), la institución demandada no hizo alusión alguna a los intereses reclamados por el actor. Se debe mencionar además que en los juicios que sustancian al amparo del COGEP (como el presente caso), es en la audiencia preliminar en donde se determina con precisión el objeto de la controversia, y analizada que ha sido el acta de la audiencia preliminar (fojas 90 y 91) se verifica que en el numeral 4.3 (Determinación del objeto de la controversia), no se hace mención alguna al pago de intereses. No basta entonces que el actor haya reclamado en su demanda determinado rubro para que automáticamente se convierta en un asunto controvertido, sino que es necesario además que entre las excepciones propuestas por el demandado se haga expresa mención a ese asunto, siendo necesario además que el Tribunal de instancia, en el momento procesal oportuno, lo fije como un asunto a resolver, pues solo entonces se entiende que se ha trabado de litis, situación que en este caso no sucedió, y es precisamente por ese motivo que la sentencia recurrida no podía ni debía pronunciarse sobre un asunto que no fue controvertido.

El casacionista cita como fundamento de su recurso el artículo 46 de la LOSEP, norma ésta que

resulta inaplicable a los antecedentes del caso toda vez la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida se relaciona a la compra de renuncia con indemnización, mientras que el artículo 46 regula la situación de los servidores que han sido suspendidos o destituidos; es decir, mientras la norma citada por el recurrente regula la situación de sanciones disciplinarias, el presente caso se refiere a la cesación de funciones por compra de renuncia, que de ninguna manera puede ser considerada como sanción disciplinaria, motivos por los cuales se rechaza el recurso por este extremo.

3.2.- En lo relacionado al caso 2 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación. Para fundamentar el recurso por este vicio el casacionista manifiesta: ^a¼ *la sentencia recurrida carece de razonabilidad, porque no señala la base normativa directamente aplicable al caso y que sustente de forma adecuada y suficiente la improcedencia de pago de intereses, lo que fue parte principal de mi demanda. Carece de lógica, pues no existe un solo razonamiento ni silogismo válido que explique por qué no procede el pago de intereses. Y, finalmente, es incomprensible, pues al no existir base normativa alguna y menos aún una explicación en relación al tema de intereses, la resolución resulta imposible de entender*¼ °. Lo transcrito devela que el casacionista, nuevamente, estructura su fundamentación en torno al tema del pago de intereses, utilizando para el efecto los mismos argumentos que ya usó para acusar a la sentencia por otro vicio; es decir, para fundamentar el vicio de falta de motivación (caso 2 del artículo 268 del COGEP), el recurrente está utilizando los mismos argumentos que ya fueron usados para fundamentar el otro vicio acusado (*citra petita* caso 3 del artículo 268 del COGEP), pretendiendo de esta manera conjugar o agrupar varios vicios y causales. Al respecto se debe señalar que las causales de casación y los vicios previstos en el artículo 268 del COGEP son autónomos e independientes ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí. Por tal motivo, cuando el vicio que se acusa se halla comprendido en una de las causales señaladas en el artículo 268 del COGEP, no puede utilizarse repetidamente el mismo argumento para acusar a la sentencia por otro vicio, previsto en una causal distinta, motivo por el cual se rechaza el recurso por este extremo.

IV.- RESPECTO AL RECURSO INTERPUESTO POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)

4.1.- En lo relacionado al caso 4 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 4 del artículo 268 del COGEP la institución pública recurrente aduce que en la sentencia recurrida existe violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. En lo atinente al caso 4 del artículo 268 del COGEP es menester señalar que esta causal contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, que consiste en la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que a su vez conduce a la equivocada aplicación de normas de derecho. Por lo dicho, en esta causal concurren dos

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

En la especie, el recurrente acusa a la sentencia del vicio de falta de aplicación del artículo 168 del COGEP, norma ésta que dispone: *“La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días”*. La norma transcrita establece la facultad del juzgador contencioso administrativo de actuar prueba de oficio (prueba para mejor resolver), pero la regulación de esta facultad de ninguna manera pueda ser considerada como un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, toda vez que no contiene parámetro alguno que pueda servir al juzgador para valorar determinada prueba, sino que establece una opción a la que el juzgador puede acudir en ciertos casos, develándose así que el recurrente no ha logrado identificar ni ha determinado con precisión cuál es el artículo que contiene el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que haya sido violado en la sentencia recurrida. Por otro lado, es necesario señalar que en el numeral 4.2 del escrito contentivo del recurso el casacionista manifiesta: *“¼ se evidencia que en relación a la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables los señores Jueces sin haber solicitado prueba alguna (¼) La falta de aplicación del artículo 168, permitió que los señores Jueces aprecien al Informe Técnico Nro. NE-FDNTH-01505-2016 firmado por el Director de Talento Humano del IESS, como sustento y base fundamental de su resolución¼”*. Sin embargo, más adelante el propio recurrente señala expresamente lo siguiente: *“La aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba al no haber solicitado documentos que sirvan de prueba para mejor resolver ¼”*. Adviértase entonces que respecto a una misma norma (artículo 168 del COGEP), el recurrente acusa de 2 vicios a la vez (falta de aplicación y aplicación indebida), lo que resulta improcedente toda que es imposible que un artículo no haya sido aplicado y a la vez haya sido aplicado pero de manera indebida. En lo que tiene que ver a la violación indirecta (efecto rebote), es necesario recordar que el recurrente está en la obligación de identificar qué normas de derecho

(normas de derecho sustantivo) han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; mas sin embargo, en el presente caso el casacionista cita el artículo innumerado agregado al artículo 108 del Reglamento General de la LOSEP, norma ésta que es de carácter netamente procedimental pues establece la forma en que un funcionario puede acogerse a los planes de retiro con indemnización. Adicionalmente se debe señalar que inicialmente el recurrente aduce que la violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba hizo que *“condujeran a los Jueces a una equivocada aplicación de norma de derecho sustantivo como es el caso del artículo innumerado agregado al artículo 108 del Reglamento de la LOSEP”*; sin embargo, más adelante en la fundamentación del recurso el casacionista manifiesta: *“Al no aplicar los preceptos jurídicos de valoración de la prueba ¼ interpretaron de forma errónea el contenido del Art. Innumerado agregado al artículo 108 del Reglamento de la LOSEP¼”*; es decir, al referirse a la violación indirecta, el recurrente acusa a la sentencia de 2 vicios a la vez (equivocada aplicación y errónea interpretación), lo que también resulta improcedente. Esta falta de precisión de los vicios acusados impiden al Tribunal de esta Sala Especializada conocer a ciencia cierta cuál es el yerro acusado para de esta manera poder entrar a analizar la sentencia recurrida, motivo por el cual se rechaza el recurso por este extremo.

4.2.- En lo relacionado al caso 2 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación. Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista manifiesta: *“¼ tanto en la sentencia recurrida como el auto que niega el recurso de aclaración presentado por el IESS, no enuncia una sola norma o principio jurídico que explique la razón por la que dispone el reintegro del actor al puesto del cual fue cesado, y el pago de remuneraciones dejadas de percibir (¼) Con lo que queda demostrado que el Tribunal Contencioso Administrativo incurrió en el caso No. 2 del Art. 268 al no enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda su resolución¼”*. A fin de determinar si el vicio acusado está o no presente en el fallo recurrido, se verifica que en el considerando 5.4.2 se analiza las garantías de motivación y debido proceso que se acusaron vulneradas en la actuación de la autoridad, y en este considerando el Tribunal de instancia solamente cita y transcribe el artículo innumerado añadido al artículo 108 del Reglamento a la LOSEP y más allá de eso no ha considerado, analizado, valorado o mencionado siquiera ninguna otra norma jurídica, limitándose a hacer referencia al informe técnico y a la acción de personal que se han emitido, pero no se enuncia ni tácita ni expresamente las causales en que habría incurrido el acto administrativo impugnado para declarar su nulidad insubsanable, ni menciona las normas jurídicas que sirvieron de fundamento para haber ordenado la reintegro del actor a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. En efecto, al final de la parte considerativa el Tribunal de instancia hace mención al informe técnico que constituyó el antecedente fáctico de la actuación de la autoridad, y de manera por demás escueta el

Tribunal de instancia manifiesta: *ª Siendo nula por disposición constitucional la Acción de Personal No. DNGTH-2017-15123, peor aún puede mantenerse como válido el oficio No. IESS-DNGTH-2017-0164-OF de 13 de marzo de 2017¼ °, sin especificar ni determinar con precisión cuál es el vicio procedimental insubsanable que haya causado la nulidad del proceso, ni menciona la norma o principio jurídico que facultaba al Tribunal de instancia a ordenar el reintegro con pago de remuneraciones dejadas de percibir, evidenciándose de esta manera que la sentencia recurrida carece del parámetro de razonabilidad, lo que torna a la decisión en inmotivada, más aún si consideramos que el Tribunal de instancia, al tratar de motivar su decisión, se ha centrado de manera exclusiva en cuestionar el acto de simple administración que sirvió de antecedente para la formación de la voluntad de la autoridad pública demandada. En efecto, la sentencia recurrida menciona que el informe técnico *ª no explica, ni fundamenta de forma alguna en qué forma se está procediendo a optimizar, racionalizar o reestructurar el talento humano. El informe no establece porqué el talento humano a ser desvinculado, debe ser cesado para optimizar, racionalizar o reestructurar el talento humano¼ °. Nótase que la sentencia recurrida cuestiona el acto de simple administración (Informe Técnico No. FDQ-NE-DGNTH-01505-2016 de 29 de noviembre de 2016) que sirvió de antecedente para la formación de voluntad de la autoridad administrativa y que por su naturaleza jurídica netamente preparatoria de la voluntad administrativa y que opera al interior de la institución pública, resulta inimpugnable, y es precisamente por ese motivo que el inciso final del artículo 217 del Código Orgánico Administrativo dispone: *ª Los actos de simple administración por su naturaleza no son propiamente impugnables, salvo el derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un acto de simple administración, necesario para la formación de la voluntad administrativaº. De tal manera que los cuestionamientos que el Tribunal de instancia tenía respecto al mencionado acto de simple administración, no podía servir de motivación suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, por lo que se acepta el recurso por este extremo.***

Conforme lo determinado anteriormente, el fallo recurrido ha incurrido en el yerro previsto en el caso 2 del artículo 268 del COGEP (falta de motivación); y, en tal virtud, dicho fallo debe ser casado, y para hacerlo esta Sala Especializada considera: El inciso segundo del artículo 229 de la Constitución de la República preceptúa que la Ley regulará el ingreso, ascenso, promoción y estabilidad de los servidores públicos, así como la *ª cesación de funciones de sus servidoresº. Concordantemente, el artículo 47 de la LOSEP enumera taxativamente los casos de cesación definitiva, y concretamente el literal k) ha previsto a la compra de renuncia con indemnización como una de las formas a través de la cual un funcionario público se desvincula definitivamente de la institución en la que presta sus servicios a través de la compra de renuncia con indemnización, al disponer textualmente lo siguiente: *ª Art. 47.- Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: ¼ k) Por compra de renunciaciones con indemnizaciónº. La norma**

legal transcrita es clara al disponer que la cesación opera cuando la institución pública ha comprado la renuncia del funcionario y ha pagado la correspondiente indemnización, sin haber previsto ningún otro requisito o presupuesto adicional alguno; debiendo señalarse que esta norma legal estaba y está en plena vigencia y que por tanto es de imperativo cumplimiento por parte de las instituciones públicas y de textual acatamiento por parte de los juzgadores. Por su parte, el artículo innumerado añadido al artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP por el Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el suplemento del Registro Oficial 489 de 12 de Julio del 2011, dispone: *“Cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renunciaciones obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas. El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidoras, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo. Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración”*^{1/4}. Nótese que esta norma establece que las instituciones del Estado *“podrán”* establecer planes de compras de renunciaciones obligatorias con indemnización, por lo que el establecimiento de dichos planes es optativa o facultativa, pero dicha norma reglamentaria es clara en establecer la inexorable necesidad de que la compra de renuncia esté debidamente presupuestada, a tal punto que establece los montos de indemnización mínimos y máximos que se deben pagar por este concepto y la forma de pago. Es de suma importancia recordar que la Corte Constitucional en Resolución No. 003-13-SIN CC publicada en el Registro Oficial 154 de 03 de enero de 2014 negó las demandas de inconstitucionalidad que se habían planteado en contra de la antes referida norma reglamentaria, motivo por el cual corresponde a este tribunal juzgador dar cumplimiento textual a su contenido, independientemente del criterio que pudiesen tener los jueces que integramos esta Sala Especializada. Se observa para el efecto que de autos consta el Informe Técnico No. FDQ-NE-DGNTH-01505-2016 de 29 de noviembre de 2016 en el que se menciona que el IESS ha determinado, a través de la Dirección Nacional de Talento Humano, la necesidad de realizar un proceso de optimización, racionalización y reestructuración del talento humano, para lo cual ha establecido el plan de renunciaciones voluntarias con indemnización que se detalla en este Informe, entre las que consta el del accionante, quien tenía un nombramiento definitivo en el Distributivo de Remuneraciones del IESS. Consta además en el referido Informe Técnico que para determinar el monto de la indemnización se ha realizado el análisis individual del número de aportaciones del IESS y se ha aplicado la fórmula prevista en el artículo innumerado añadido al artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP. Adicionalmente en el Informe Técnico se hace expresa mención a los Memorandos Nos.

IESS-DNGTH-2016-00026-M y IESS-DNGTH-2016-00027 de 24 y 29 de noviembre de 2016 respectivamente, emitidos por la Dirección Nacional de Gestión Financiera en la que se certifica la disponibilidad de fondos para el proceso de desvinculación. Se debe además mencionar el hecho cierto e incontrovertible que el IESS canceló al señor Nelson Cristian Redrobán Viera la suma de USD \$ 25.222,50 por concepto de compra obligatoria de renuncia con indemnización, lo cual ha sido aceptado por las partes procesales y no ha sido impugnado por el accionante. Finalmente se ha verificado que el acto administrativo impugnado contenido en la acción de personal DNGTH-2016-15123 de 29 de noviembre de 2016 está suscrita por competente funcionario público, ha sido emitida en ejercicio de las funciones otorgadas por la ley a dicho funcionario, siguiendo el procedimiento que se ha previsto para el efecto, se encuentra motivado al enunciar las normas legales y reglamentarias en que se fundamenta, y ha sido debidamente notificado, sin que haya incurrido en causal de nulidad alguna. De lo anotado se colige que para la emisión del acto administrativo de cesación del puesto que ocupaba el señor Nelson Cristian Redrobán Viera, así como para la emisión del oficio No. IESS-DNGTH-2017-0164-OF de 13 de marzo de 2017 con el que se le negó el pedido de reintegro en la vía administrativa, el IESS ha cumplido con los requisitos y con los presupuestos determinados en la norme legal y reglamentaria aplicable al caso concreto, sin que se haya podido constatar violación a derecho subjetivo alguno que amerite ser reparado, pues de todas maneras el accionante fue indemnizado de conformidad a la ley, sin que la referida indemnización haya sido impugnada por el accionante. Los cuestionamientos que el actor ha efectuado al proceso de racionalización o reestructuración del IESS no han logrado desvirtuar o desvanecer la presunción de legitimidad y legalidad de la que gozan los actos mediante los cuales el IESS cesó en sus funciones al señor Nelson Cristian Redrobán Viera por compra de renuncia con indemnización.

4.3.- En lo relacionado al caso 5 del artículo 268 del COGEP.- Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que en la sentencia recurrida se ha presentado el vicio de falta de aplicación del inciso tercero del artículo innumerado añadido al artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP, norma ésta que dispone lo siguiente: *“Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración”*. Al respecto se observa que en el considerando 5.4.2 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia transcribe la norma que el recurrente considera infringida; mas sin embargo, en dicho fallo no se vuelve a mencionar siquiera dicha disposición, mucho menos se la ha analizado, considerado o aplicado, simplemente se la ha transcrito. Se verifica además que en la sentencia recurrida se ha omitido explicar los motivos por los cuales el Tribunal de instancia se ha apartado del cumplimiento de dicha disposición reglamentaria. Si el Tribunal de instancia hubiera aplicado dicha disposición, sin duda la sentencia hubiera sido diferente, motivo por el cual se acepta el recurso por este extremo.

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** 1) Rechaza el recurso de casación interpuesto por el señor Nelson Cristian Redrobán Viera. 2) Acepta el recurso de casación planteado por el procurador judicial del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, exclusivamente por los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP, conforme lo determinado en los numerales 4.2 y 4.3 de esta sentencia; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada el 27 de marzo de 2019, a las 16h23, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito dentro del juicio No. 17811-2017-00374. En aplicación de lo previsto en el numeral 3 del artículo 273 del COGEP, se desecha la demanda planteada por el señor Nelson Cristian Redrobán Viera y se ratifica la legalidad y legitimidad de los actos administrativos impugnados.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 15 de julio del 2020, las 10h42. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N°4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N°341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. 17811-2017-00374, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y la ponencia del Juez Nacional (e) doctor Patricio Secaira Durango; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la Resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjuces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los Jueces Nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; Conjuces que avocamos conocimiento de la presente causa; la cual se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia, dentro de esta causa signada con el No. 17811-2017-00374 el miércoles 27 de marzo de 2019, las 16h23, promovido por el ciudadano NELSON CRISTIAN REDROBÁN VIERA, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Procuraduría General del Estado, en la cual se ha resuelto: *“(1/4) Siendo nula por disposición constitucional la Acción de Personal No. DNGTH-2017-15123, peor aún puede mantenerse como válido el oficio No. IESS-DNGTH-2017 -0164-OF, de 13 de marzo de 2017, que sin justificar en forma alguna la actuación de la autoridad, se limita a ratificar la presunción de legalidad y legitimidad del acto cuestionado Acción de Personal No. DNGTH-2017-15123, máxime si el segundo acto también carece totalmente de elementos facticos que justifique la supuesta optimización, racionalización y reestructuración supuestamente operada en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad*

Social. Por lo expuesto y sin que sea necesario más consideraciones este Tribunal Distrital ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta parcialmente la demanda del actor Nelson Cristian Redrobán Viera y declara la nulidad de la Acción de Personal No. DNGTH-2017-15123 y del oficio No. IESS-DNGTH-2017 -0164-OF, de 13 de marzo de 2017 expedidos por las autoridades del IESS, disponiendo el reintegro del actor al puesto del cual fue cesado, esto es al puesto de Contador del Departamento Financiero del Hospital General Ambato y al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, de las cuales se descontará la indemnización que se entregó al actor por concepto de compra de renuncia obligatoria (1/4)^o.

2.2 Recursos de casación interpuestos: El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, demandado del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundado en los casos dos, cuatro y cinco previstos en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. El ciudadano Nelson Cristian Redrobán Viera, actor del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de tal sentencia, fundado en los casos dos y tres del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3 El Tribunal de instancia en auto de jueves 18 de abril de 2019, negó los recursos horizontales interpuestos por las partes procesales.

2.4. El Conjuetz Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 30 de julio de 2019 las 10H07, admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y por Nelson Cristian Redrobán Viera.

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

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, que han sido emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y

cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó que: *“ (¼) el Tribunal Distrital debe aplicar las normas vigentes y verificar su cumplimiento, el tal virtud constata que Art. innumerado añadido al Art. 108 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público determina: “ Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización.- Las instituciones del Estado Podrán establecer planes de compra de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas. El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo. Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración...”, por lo que de la referida norma y de la jurisprudencia que la entidad que proceda a una desvinculación de personal por compra de renuncia obligatoria tiene que justificar: A.- La existencia de un plan de compra de renuncia obligatoria B.- La existencia de financiamiento presupuestario respectivo para dicha compra de renuncia; y C.- La existencia de un proceso de reestructuración, optimización o racionalización institucional. Consta del Informe Técnico Nro. FDQ-NE-DNGTH-01505-2016 de 29 de noviembre de 2016, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, estableció un plan de renuncia obligatoria, que consta del informe indicado, además que se solicitó y se contó con el respectivo financiamiento presupuestario, sin embargo, el Tribunal Distrital aprecia que si bien se menciona en dicho informe técnico que “SE HA DETERMINADO LA NECESIDAD DE REALIZAR EL PROCESO DE OPTIMIZACIÓN, RACIONALIZACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DEL TALENTO HUMANO”, dicho informe no explica, ni fundamenta en forma alguna en qué forma se está procediendo a optimizar, racionalizar o reestructurar el talento humano. El informe no establece, porqué el talento humano a ser desvinculado, debe ser cesado para optimizar, racionalizar o reestructurar la institución. No se menciona en lo absoluto sobre, como se optimizará el recurso humano, en qué forma se racionalizará el funcionamiento orgánico de la institución y peor aún se indica en qué forma se reestructurará la institución. En definitiva, la justificación técnica de la*

llamada “optimización, racionalización y reestructuración”, que impone la normativa vigente, no se halla justificada del expediente administrativo, ni de informe alguno, que lo haya antecedido. La mera enunciación del requisito reglamentario en forma alguna puede constituirse en un obrar ajustado a la obligación de motivación y de cumplimiento de la Seguridad Jurídica, pues bastaría mencionar los conceptos para remover a servidor público de su puesto, lo cual es inadmisibles. En audiencia de juicio la autoridad no ha justificado en forma alguna como se reestructuró la institución, ni como se optimizó al personal, peor aún se ha justificado racionalización alguna del uso de los recursos, lo cual imponía un actuar ajustado a la norma que se invocó para desvincular por renuncia obligatoria al actor. Pero los errores de motivación y afectación al debido proceso, no solo se limitan a lo indicado que bastaría para determinar la nulidad de todo lo actuado, sino que como consta del Informe Técnico antes mencionado que sirvió de fundamento para la desvinculación del actor, en el mismo se hace mención al señor Alfredo Oswaldo Redrobán Viera, que es una persona distinta del actor Nelson Cristian Redrobán Viera, de manera que ya sea por apresuramiento, ligereza, mero descuido, jamás se incluyó al actor en la lista de personal que debía ser desvinculado por la llamada “optimización, racionalización y reestructuración” institucional, por lo que resulta arbitraria su cesación, ya que no fue en momento alguno mencionado en el informe referido para que se produzca su cesación. Finalmente y no menos importante resulta examinar la acción de personal No. DNGTH-2016-15123 de 29 de noviembre de 2016 (Fojas 16 del proceso), la cual en lo principal determina: “Apellidos y Nombres Redrobán Viera Nelson Cristian^{1/4}. Explicación: El Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, nombra a la Abogada Geovanna León Hinojosa, mediante Acta de Posesión No. C-D. 080 de 28 de abril de 2016, como Directora General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. RESUELVE: Se procede a cesar en funciones por Compra de Renuncia al señor/a REDROBAN VIERA NELSO CRISTIAN que ocupaba el puesto de CONTADOR del DEPARTAMENTO FINANCIERO DEL HOSPITAL GENERAL AMBATO. BASE LEGAL: Artículo 47 literal k de la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP, en concordancia con el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General de la LOSEP.”. Como se puede apreciar, de la referida acción de personal, la misma en forma alguna invoca el Informe Técnico No. FDQ-NE-DNGTH-01505-2016 de 29 de noviembre de 2016, que habría constituido el antecedente fáctico de la actuación de la autoridad, ni tampoco se explica, más allá de invocar la normativa de la cesación por renuncia obligatoria, los antecedentes para aplicarla, simplemente se hace referencia a la posesión de una nueva Directora General, razón que en forma alguna justifica el acto adoptado, siendo evidente la ausencia de motivación de la decisión en los términos del deber de motivación que impone el Art 76 numeral 7 letra l de la Constitución de la República del Ecuador. (1/4)°.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL INSTITUTO

ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL ± IEES, sobre los casos dos, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP.

7.1 Respeto del caso DOS, sostiene la recurrente, que la sentencia atacada expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 27 de marzo de 2019, las 16h23, dentro del juicio No. 17811-2017-00374, no cumple los requisitos de motivación, argumentando que: *“(¼) en su parte dispositiva no fundament[ó] en que normas se amparan para aceptar parcialmente la demanda, así como tampoco explican motivadamente la razón por la que declaran nula la Acción de Personal No. DNGTH-2017-15123, así como el Oficio No. IEES-DNGTH-2017-0164-OF, de 13 de marzo de 2017, y peor aún, tanto la sentencia recurrida como el auto que niega el recurso de aclaración presentado por el IEES, no enuncia una sola norma, o principio jurídico o que explique la razón por la que dispone el reintegro del actor al puesto del cual fue cesado, y al pago de remuneraciones dejadas de percibir (¼)”*.

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

Exigencias que devienen del mismo vicio escogido y del desarrollo jurisprudencial respecto de la aplicación del artículo 76, numeral 7 literal 1 de la Constitución, determinado por la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia y que, en el presente caso no se expresan en la exposición escrita como tampoco en la exposición oral del casacionista expresada en la audiencia de sustentación del recurso; en las que se aprecia que el parecer de la recurrente se evidencia en el desacuerdo con lo decidido por el Tribunal Juzgador. No procede por tanto el recurso por este extremo.

7.2 Respeto del caso CUATRO

La entidad casacionista señala que la sentencia impugnada ha incurrido en esta causal de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por cuanto: *“(¼) los*

señores Jueces sin haber solicitado prueba alguna que determine la existencia de documentos en los cuales Talento Humano explique cómo está realizando el proceso de compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, sin siquiera haber pedido la parte demandante dichos documentos, como prueba nueva o los jueces como pruebas para mejor resolver (¼) cabe señalar que el informe expresa que para cesar por compra de renuncia con Indemnización al señor Redrobán Viera, contador en el Hospital Ambato, el IESS lo realizó en pleno apego al artículo Innumerado agregado después del artículo 108 del Reglamento a la LOSEP (¼) La falta de aplicación del artículo 168, permitió que los señores Jueces aprecien, al Informe Técnico Nro. NE-FDNTH-01505-2016 firmado por el Director de Talento Humano del IESS, como sustento y base fundamental de su resolución (¼) Como se puede apreciar, de la referida acción de personal, la misma en forma alguna invoca el Informe Técnico No. FDQ-NE-DNGTH-01505-2016 de 29 de noviembre de 2016. (¼) Como se puede evidenciar, la sentencia se contradice, al iniciar que el Informe técnico sirvió de fundamento para la desvinculación del accionante, después los señores Jueces indican que en la acción de personal, en forma alguna invoca al Informe Técnico (¼) Cabe recordarles a los Señores Jueces cometieron el mismo error al resolver en la sentencia declarando nula la Acción de Personal No. DNGTH-2017-15123 y en el auto de 18 de abril de 2019, corrigen el error de la sentencia declarando que se trataba de la Acción de Personal No. DNGTH-2017-1523 (¼) dándole valor de prueba a un documento que es un acto de simple administración, e interpretación de forma errónea el contenido del Art. Innumerado agregado después el Art. 108 del Reglamento a la LOSEP señalando que el IESS incumplió con los requisitos para la desvinculación del señor (sic) Redrabán Viera Nelson Cristian° afirma asimismo que la causal existe ya que los jueces ° al no solicitar una prueba para mejor resolver y determinar la certeza de los hechos controvertidos, los señores Jueces tampoco aplican, el derecho del IESS a ejercer su legítima defensa vulnerando el derecho constitucional establecido en el Artículo 76.1.7,l) de la Constitución°.

El artículo 168 del COGEP, es un medio procesal que le permite al Juez, de modo autónomo y discrecional, disponer la práctica de pruebas que estime pertinentes para esclarecer los hechos que motivan el proceso judicial; no es ciertamente esta norma procesal, de aquellas que establezca la Ley como precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba; es más bien un mecanismo para obtener prueba de oficio, sin que ella pueda estar encaminada, como sostiene la casacionista, a suplir aquellos medios que corresponden anunciar y practicar a las partes.

Los preceptos a los que se refiere la causal dicen relación al valor legal de la prueba, sea esta documental, testimonial o de cualquiera otra prevenida en el ordenamiento jurídico; por tanto, dicha disposición no puede ser admitida para la causal invocada, sin que tampoco pueda ser admitido el argumento de que la supuesta falta de diligencia de diligencia de los jueces, en la que se habría

incurrido haya podido generar indefensión al IESS. El planteo de la casacionista en torno a la causal es ciertamente grosero e inaceptable.

7.3 Respecto del caso CINCO.- La parte demandada del juicio de instancia sostiene, en su recurso de casación que: *“ La falta de aplicación del inciso tercero del artículo innumerado agregado después del artículo 108 del Reglamento a la LOSEP que dispone: “ ¼Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración”. Como se evidencia Señores Jueces en la sentencia, parte resolutive a fojas cuatro de la misma, dispone el reintegro del actor al puesto que fue cesado y pago de remuneraciones dejadas de percibir. Sin motivar de manera lógica y comprensible sin aplicar en inciso tercero del artículo innumerado agregado después del artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP (¼)°.*

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

La causal invocada hace relación a la violación directa de norma jurídica sustantiva, consecuentemente en ella, no cabe discusión alguna de los hechos procesales, los cuales se entienden aceptados por quien recurre, del modo en que la sentencia los ha expresado.

Es indispensable en esta causal, que no se solo se haga la cita de la norma jurídica que habría sido infringida, sino que establezca con precisión, las razones por las cuales esta debió ser aplicada para la solución del problema jurídico; así como determinar qué norma ha sido indebidamente aplicada por los juzgadores en la sentencia reprochada, en lugar de la omitida, señalando las razones por la que en el fallo se habría mal aplicado esa disposición; y desde luego argumentar y justificar que el yerro ha sido determinante, es decir trascendente, en la parte dispositiva del fallo; exigencias propias de la causal que no han sido cumplidas por la entidad recurrente la cual se ha limitado de manera abstracta a señalar la existencia del supuesto vicio en el fallo que ataca; situación que hace improcedente el recurso examinado.

8.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA DEL JUICIO DE INSTANCIA, NELSON CRISTIAN REDROBÁN VIERA.

8.1 Respecto de la causal tercera del artículo 268 del COGEP, afirma el recurrente que fue pretensión de su demanda que se declare la nulidad de los actos administrativos que impugna y, que se ordene su restitución al cargo del que fue cesado, el pago de remuneraciones dejadas de percibir por el

periodo cesante con sus respectivos intereses, el pago de la liquidación de haberes con sus intereses. Que en la sentencia se hace relación a la demanda presentada y a sus pretensiones, no obstante, en su parte resolutive no se hizo mención a los intereses reclamados; que, requirió por ello, la ampliación del fallo para que se establezca por qué no se ordenó el pago de aquellos; petición que fuera negada en auto de 18 de abril de 2019, al considerar que en el fallo se habían resuelto todos los puntos controvertidos. Cita al respecto y transcribe los artículos 75 de la Constitución; 23 y 130.2 del Código Orgánico de la Función Judicial; 92, 95.9 del COGEP; 46 de la LOSEP, que habrían sido infringidos en el fallo.

El recurso no explica las razones por las cuales se habría infringido cada una de estas normas jurídicas en la expedición del fallo, ni la trascendencia que estas infracciones han tenido en la decisión del fallo. La sola cita de las normas no permite tener en realidad, una sustentación adecuada del recurso en su expresión escrita y, luego en la sustentación del mismo; razones que hacen improcedente el recurso por este extremo.

8.2 Respecto de la causal segunda del artículo 268 del COGEP. El casacionista arguye en su recurso que la sentencia que ataca, no se encuentra debidamente motivada, ya que no cumple con el test que la Corte Constitucional ha establecido para que se estime adecuada la motivación de una decisión, en el caso, jurisdiccional. Transcribe los artículos: 76.7.1) de la Constitución; 89, 90.5 y 95.7 del COGEP; no obstante, la exposición de los fundamentos en realidad es ligera y abstracta, lo cual no permite en realidad establecer con claridad el alcance del vicio acusado.

9.- RESOLUCIÓN: Sin que sea necesarias otras consideraciones, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza los recurso de casación interpuestos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y por el ciudadano Nelson Cristian Redrobán Viera; por consiguiente, **NO CASA** la sentencia recurrida.. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

127727769-DFE

Resolución No. 410-2020

Juicio No. 18803-2017-00297

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, jueves 16 de julio del 2020, las 08h39. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N°4-2012 de 25 de enero de 2012 y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019; **b)** los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados por el Consejo de la Judicatura como Conjuces Nacionales mediante resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por ausencia definitiva del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, fueron designados Jueces Nacionales encargados, en virtud de los oficios No. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG, respectivamente, ambos de 20 de noviembre de 2019 y suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; **c)** el 20 de diciembre de 2019 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durando e Iván Rodrigo Larco Ortuño, éste último en calidad de juez ponente; **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 30 de mayo de 2018, a las 16h18, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, dentro del juicio N° 018803-2017-00297 que por responsabilidad objetiva interpuso el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), resolvió aceptar parcialmente la demanda, declarar la responsabilidad objetiva del Hospital General del IESS en Ambato y disponer a dicha institución pública proceda al pago de USD \$ 80.000 por concepto de daño moral.

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

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRONICAMENTE

Firmado por
IVAN RODRIGO
LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL
C=ECU
CF=QUITO
#04338238
0200419075

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

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

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

1.6.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el actor que también es recurrente, acompañado de su defensa técnica. Adicionalmente compareció a la audiencia la institución pública demandada, que también es la parte recurrente, por medio de sus abogados defensores debidamente acreditados, quienes expusieron su fundamentación en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución oral, la misma que fue adoptada por unanimidad y que consiste en aceptar el recurso de casación interpuesto por el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres y aceptar el recurso de casación planteado por el IESS, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si el fallo emitido el 30 de mayo de 2018 por el Tribunal de instancia dentro del juicio N° 018803-2017-00297 adolece de los vicios de derecho acusados por los recurrentes, principalmente relacionados a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, de comprobarse dichos yerros, se emitirá la sentencia de mérito que corresponda.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es necesario recordar que el vicio de falta de aplicación implica un error de existencia y se presenta cuando el juzgador ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto controvertido. En el presente caso, el Tribunal de esta Sala Especializada verifica que en el considerando 6 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia cita y transcribe el artículo 11 de la Constitución de la República, enunciando a continuación las demás normas jurídicas que guardan concordancia con la mencionada norma constitucional. Es en base a estas disposiciones que el Tribunal de instancia desarrolla toda su motivación posterior, y es por este motivo que en la parte resolutive de la sentencia recurrida del Tribunal de instancia acepta parcialmente la demanda de responsabilidad objetiva planteada por el actor, para a continuación señalar textualmente lo siguiente: ^a*De conformidad con lo previsto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL procederá a efectuar las investigaciones correspondientes a fin de determinar las responsabilidades y tomará las acciones dentro del término de Ley*^o. De esta manera queda evidenciado que, a diferencia de lo aseverado por el

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

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

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

CONSTITUCIÓN.- ^a**Art. 11.-** *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ¼ 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales°; ^a**Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:¼ 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ¼ h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra°; ^a**Art. 169.-** *El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades°.***

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

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

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

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

Para fundamentar el recurso por esta causal el recurrente manifiesta: ^a¼ *hago notar que el Tribunal aísla indebidamente la totalidad de lo expuesto por el perito, porque se limita a considerar únicamente la situación de la perforación del colon-que el señor perito dijo que es algo que puede suceder en la práctica médica- y deja de apreciar que a raíz de esta lesión se produjo un daño a la salud. Por ello, como se ha dicho en la jurisprudencia invocada al inicio de este apartado, se está cercenando o disminuyendo el real contenido de la prueba pericial (¼) De esta errónea interpretación, se sigue una petición o exigencia absurda en el plano probatorio, que está implícita en las ideas que se vierten en la sentencia, a saber, que se pruebe el valor de la disminución patrimonial que he sufrido por la perforación del colon y la afectación a la salud derivada de la deficiente atención médica. Jamás se puede probar un atentado contra la integridad física de la persona como si fuese un detrimento en sus cosas, simplemente porque una lesión en el colon o la afectación a la salud no son mesurables en el terreno monetario (¼) En este sentido, el Tribunal deja de aplicar los artículos 161, 162 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos. En efecto, si la prueba conduce a demostrar, de modo directo e inmediato, un daño indemnizable que no es de índole patrimonial, quien debe valorar el monto económico del perjuicio es el juez en basa a la sana crítica, pero no exigir que se pruebe como si fuese una cosa o algo patrimonial (¼) Como consecuencia de la infracción a las normas de valoración de la prueba que he invocado, la sentencia que recurro ha dejado de aplicar, en todas sus consecuencias, el precepto final del artículo 11 de la Constitución de la República, que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la mala prestación del servicio público de salud, ya que se ha negado la reparación integral que demandé, concretamente, el menoscabo a la salud que sufrí como consecuencia de los actos y omisiones probados que ocurrieron en el Hospital General del IESS de Ambato°. Más adelante en la fundamentación del recurso el casacionista se refiere a otro asunto, que es el referente a*

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

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

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

En lo que tiene que ver a los gastos médicos incurridos por el tratamiento médico al que se sometió el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, se verifica que en el considerando 7.2.1 de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia señala: *“^a¼ la prueba no solo debe ser anunciada y admitida bajo los parámetros de utilidad, conducencia y pertinencia, sino que la misma debe ser ACTUADA conforme a la ley^¼”*. A continuación en la sentencia recurrida se cita los artículos 326, 164, 196 y 297 del COGEP para en base a ello determinar lo siguiente: *“^a En la especie, se tiene que la parte actora presentó pruebas documentales y periciales, siendo que respecto de la documental no ha dado cumplimiento al numeral 1 del artículo 196 del COGEP, es decir la defensa técnica se limitó a enunciar la prueba pero no a practicarla ni a leerla en la parte pertinente (a excepción de la prueba fotográfica debidamente exhibida, que no coadyuva en la cuantificación material patrimonial), asunto que no constituye una mera formalidad sino un verdadero requisito del debido proceso, siendo de destacar que tampoco se ha actuado prueba documental precisando cuál de todas ellas atribuyen ya bien a: gastos médicos, intereses, suspensión de la actividad laboral, disminución de la capacidad laboral ¼”*. Adviértase que es el propio Tribunal de instancia el que ha reconocido expresamente que la prueba documental presentada por la parte actora fue debidamente anunciada en el escrito de demanda y en la audiencia preliminar, por lo que fue debidamente admitida, y además se reconoce expresamente que dicha prueba fue útil, conducente y pertinente, más sin embargo el mismo Tribunal, líneas más abajo, señala que el actor se ha limitado a enunciar la prueba pero no a practicarla ni a leerla en la parte pertinente, añadiendo que tampoco ha especificado a qué rubro pertenece cada uno de los documentos, motivo por el cual negó los daños patrimoniales reclamados por el accionante. Al

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

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

III.- SENTENCIA DE MÉRITO

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

3.1.- Para analizar doctrinariamente el tema que es la materia primigenia de esta causa (responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado), es necesario señalar que contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, ^a *se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes*^o (Catalina Irisarri Boada, El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano; Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de Derecho Público, Santa fe de Bogotá, 2000, página 20). Resulta también pertinente remitirnos a la sentencia No. 280-2009 de 10 de septiembre de 2009 emitida por la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 121-2007, que al referirse a sus elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual señala lo siguiente: ^a a) *El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente (¼) en la persecución de los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual debe ceder ante ellos, la distribución de cargas públicas individuales está sometido a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, como se dijo, cuando el Estado o sus Institucionales, en el ejercicio de sus funciones, provocan un desequilibrio en la distribución de cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado (¼). b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones (¼). c) ¼ El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo (¼). d) En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. e) Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación*

*causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica*⁴. En lo que respecta a las características esenciales del concepto de responsabilidad objetiva del Estado, deben señalarse las siguientes: a) que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima tenga que soportarlo; b) la existencia de un factor de atribución, siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública; c) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que la causó; d) el nexo causal o relación de causalidad. (Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia No. 25, septiembre ± octubre 2016).

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

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

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

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

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

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

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

Corroborando lo aseverado por el perito, en la historia clínica del Hospital Metropolitano que consta agregada al proceso, se menciona lo siguiente: ³/₄ *Paciente a quien el 24 de diciembre del 2016 realizaron apendicentomía en el IESS de Ambato después de esta intervención se quejaba de náusea y dolor abdominal, el día 26 de diciembre le hicieron enemas rectales (dos) para evacuación de heces ya que presentó estreñimiento posterior a esto persistía el dolor abdominal acompañado de distensión abdominal y náusea el día 3 de enero razón por la cual le realizaron una laparotomía¹/₄ °. También se menciona en la referida historia clínica del Hospital Metropolitano que el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres fue intervenido quirúrgicamente el 11 de enero de 2017, encontrándose lo siguiente: ³/₄ 3.- perforación del colon de aproximadamente 1 cm de diámetro a nivel de la unión recto sigma. 4.- Absceso pélvico en fondo de saco recto vesical emplastronado con intestino delgado, colon y epiplón que contiene aproximadamente 100 cc de pus y heces fecales°.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FACTURAS EMITIDAS POR EL HOSPITAL METROPOLITANO

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

FACTURAS EMITIDAS POR PROFESIONALES DE LA SALUD

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

FACTURAS EMITIDAS POR FARMACIAS

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

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

FACTURAS EMITIDAS POR LABORATORIOS CLÍNICOS

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

OTROS

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

GASTOS DE DEFENSA TÉCNICA

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

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

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

DAÑO EMERGENTE

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

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

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

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

todo lo posible°. Para analizar la prueba en su conjunto, es necesario también remitirnos al Informe pericial constante en el oficio No. 009-MAC-PC de 23 de junio de 2017 (fojas 54 a 59 del proceso), que en lo relacionado a la perforación del recto, el perito concluye expresamente que: ^a *¼ dicha perforación no se diagnosticó a tiempo y trató oportunamente, y esta fue la causa del deterioro clínico que presentó el enfermo*¼°. Confrontada que ha sido la declaración del perito en la audiencia de juicio con su Informe pericial, y haciendo un análisis debidamente contextualizado de los elementos probatorios, el Tribunal de esta Sala Especializada determina que la deficiencia en la prestación del servicio público de salud en el Hospital General del IESS en Ambato no consiste en la perforación del recto (porque según la *lex artis* es un riesgo permitido), sino el hecho cierto e incontrovertible de que dicha perforación no fue diagnosticada a tiempo ni fue tratada de manera oportuna, lo que ocasionó el deterioro en la salud del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres. En tal virtud, la perforación del recto por sí sola no es un evento indemnizable en este caso específico, más sin embargo, la tardanza y desidia (negligencia) mostrada al momento de diagnosticar y tratar el mal que estaba poniendo en riesgo la vida del paciente, es el evento que debe ser indemnizado.

3.5.3.- LUCRO CESANTE.- En lo que respecta al lucro cesante se debe considerar que como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas, curaciones y tratamiento a las que fue sometido el señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, éste tuvo que estar hospitalizado por un tiempo, y guardar reposo por un largo período, lo que obviamente afectó su profesión de técnico automotriz toda vez que estaba imposibilitado de realizar fuerza física, lo que ocasionó que dejara de percibir los ingresos necesarios para su congrua supervivencia. Se ha probado en el proceso que el 01 de enero de 2017 el accionante ingresó al Hospital General del IESS en Ambato, y luego de haber sido trasladado, el 27 de abril de 2017 fue dado de alta del Hospital Metropolitano. Además, en el informe pericial constante en el proceso el perito ha determinado lo siguiente: ^a *Estimo que la recuperación de su estado nutricional y la normalización de su tránsito intestinal, llevará de 3 a 6 meses a parte de esta fecha* ¼°, debiendo señalarse que el mencionado informe pericial fue emitido el 23 de junio de 2017. De lo anterior se colige que el accionante estuvo imposibilitado de trabajar desde enero hasta diciembre de 2017 (12 meses). Se verifica que en el proceso consta la declaración del impuesto a la renta del año 2016 del señor Marcelo Lautaro Yáñez Torres, de la que se desprende que su ingreso anual es de USD \$ 5.173,26, por lo que su ingreso mensual a esa época es de USD \$ 431,105. Si multiplicamos el valor que el accionante debió haber ganado mensualmente por el número de meses en los que estuvo imposibilitado de laborar, obtenemos el valor por lucro cesante, que es de USD \$ 5.173,26.

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

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

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

REPARACIÓN TOTAL

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

IV.- DECISION

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

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

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DR. ALVARO OJEDA HIDALGO.

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

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

JUEZ NACIONAL



Ing. Hugo Del Pozo Barrezueta
DIRECTOR

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Telf.: 3941-800
Exts.: 3131 - 3134

www.registroficial.gob.ec

JV/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.