

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO:**

**RESOLUCIONES Y
JUICIOS**

**AÑO 2022:
R227, R229, R236, R237**



171494241-DFE

Juicio No. 17801-2010-21261 RESOLUCION N° 227-2022

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 11 de marzo del

2022, las 09h40. **VISTOS.- (Juicio17811-2010-21261): PRIMERA.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** El sorteo de 7 de mayo de 2021, (fjs. 20 del expediente de casación), conformó el Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, el Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño (Ponente), el Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz, y el Ab. Fabián Patricio Racines Garrido), designados por sorteo para resolver el recurso de casación formulado por Tomás Amable Nieto Terán dentro del juicio contencioso administrativo No. 17801-2010-21261, en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento y del Procurador General del Estado. Ante la excusa presentada por el Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, el 20 de mayo de 2021, aceptada por el resto de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 4 de junio de 2021, las 10h00 por haberse configurado la causal prevista en el literal d) del Art.20 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo sorteo paso a integrar la Sala, la Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas, quien presentó excusa el 22 de junio de 2021, la cual fue aceptada por el resto de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 8 de julio de 2021, las 09h32, fundamentándose en que se configuró la causal prevista en el numeral 6) del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, por lo que previo el sorteo respectivo se llamó a integrar a la Sala Especializada al Conjuez que sea designado por sorteo. En sorteo realizado el 20 de julio de 2021, conforme consta del Acta de Sorteo respectiva (fojas 31 del expediente del proceso de casación), el Conjuez asignado a la causa fue el Dr. Javier Cordero López. En virtud de la Resolución 162-2021 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Dr. Mauricio Bayardo Espinosa Brito es designado Conjuez Temporal de la Sala de lo Contencioso Administrativo y asume el despacho del Dr. Javier Cordero López. Por lo tanto, este Tribunal ejerce jurisdicción y competencia para el conocimiento de esta causa, en merito a lo dispuesto por los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra dentro del proceso.

SEGUNDA.- ANTECEDENTES.- 2.1.- La parte actora Tomás Amable Nieto Terán propuso recurso subjetivo de plena jurisdicción en contra del Gerente General de la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Alcantarillado de Quito (actualmente Empresa Pública de Agua Potable y Saneamiento EPMAAPS) y Procurador General del Estado impugnando la liquidación de haberes que por renuncia al cargo de Gerente Comercial fue aprobada por el Jefe de Recursos Humanos de la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Alcantarillado EMAAP-Q.

2.2.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, dictó sentencia el 30 de julio de 2012 las 16h00, ^a ¼ aceptando parcialmente la demanda presentada por el Doctor Tomás Amable Nieto Terán° y declaró la ilegalidad del acto impugnado y dispuso que la entidad demandada, en el término de quince días pague al accionante los valores referidos en los considerandos noveno (cesantía y compensación por jubilación) y décimo de esta sentencia, debiendo deducirse sin intereses, el valor pagado por aplicación del Art. 133 de la LOSSCCA del valor que debe pagarse por disposición del Mandato Constituyente No.2. No proceden las demás pretensiones que formula el recurrente.°

2.3.- En sentencia de casación de 21 de enero de 2015, las 11h23 la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia casó la sentencia indicando que ^a ¼ ha sido criterio de este Tribunal, señalar que el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 emanado de la Asamblea Nacional Constituyente (norma denunciada por la parte recurrente como erróneamente interpretada), no creó un derecho a favor de los servidores públicos, más bien tuvo como propósito eliminar las desigualdades entre las personas, estableciendo montos máximos a pagar por concepto de indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, criterio señalado que ha sido puesto de manifiesto en las resoluciones 007-2013, 011-2013, 049-2013, 050-2013, 102-2013, 108-2013, 434-2013, 440-2013, 441-2013, 445-2013, y por la Corte Constitucional en sentencia No. 004-SAN-CC. En este sentido es claro que la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de Quito, comete un error al reconocer a favor del actor el pago de la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente No.2 por cuanto el referido artículo, como se señaló ut supra, no establece montos fijos, sino posibles valores máximos a percibir por parte de los servidores públicos, por lo que es perfectamente posible percibir cantidades menores, (nunca mayores) a las señalada en el Mandato. En el presente caso, la liquidación que deberá recibir el señor Nieto Terán no podrá ser superior a los montos referidos ut supra. Por lo señalado es claro que en el presente caso de configura en la sentencia una errónea interpretación del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2.

2.4.- En ejecución de las referidas sentencias ante la renuencia de la demandada para presentar la liquidación correspondiente, se nombró al perito Franklin Endara, quien presentó el informe pericial respectivo el 21 de marzo de 2018, concluyó en sus cálculos que, por concepto de indemnización por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, le correspondía al actor el valor de USD. 45.780,00 correspondiente al máximo previsto por el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 y que, por concepto de cesantía correspondía reconocer al actor el monto de USD 96.970,00, el mismo que es el máximo que permite el Reglamento Interno de Beneficios de Carácter Económico para el Personal no amparado por la Contratación Colectiva de la EMAAP Quito. Pese a que el cálculo realizado establecía un valor de USD.

119.596,32, que correspondía al valor de dos veces la última remuneración mensual (USD. 4.848,50 x 2 =USD.9.697,00) dividida para 12 meses (USD.808,08) multiplicada por el tiempo de trabajo (148 meses trabajados, 12 años y cuatro meses), valores de los cuales realizó la deducción de lo pagado al accionante en su liquidación inicial que correspondía a lo previsto en el Art. 133 de la LOSCCA (USD.19.394,00), concluyendo que realizada la operación matemática correspondiente (USD. 45.780,00 + USD. 96.970,00-USD.

19.394,00) que correspondía reconocerle al actor como valor pendiente de pago el monto de USD. 123.356,00.

2.5.- Impugnado por error esencial el peritaje y ventilada la prueba sumaria respectiva, el Tribunal Distrital en auto de 15 de enero de 2019, las 16h43 decidió: ^aVISTOS: Agréguese a los autos los escritos que anteceden presentado por las partes procesales y téngase en cuenta su contenido.- En lo principal, atento al estado de la causa, el Tribunal realiza las siguientes consideraciones: ANTECEDENTES: 1.- Presentado el informe pericial por parte del Ing. Franklin Geovanny Endara Unda, y, puesto en conocimiento de las partes procesales, sobre el cual el actor Tomás Amable Nieto Terán expresa su aceptación (fojas 678 y vuelta del proceso); en tanto que, la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (EPMAPS), lo impugna y alega expresamente que adolece de error esencial, debido a que contradice lo que habría ordenado pagar la Corte Nacional de Justicia en la sentencia de 21 de enero de 2015, toda vez que el perito hace un cálculo indebido en el número 5 del informe por concepto de ^aindemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario^o que cuantifica en ^aUS\$ 45.780,00^o, tomando arbitrariamente ^a¼ el techo máximo permitido en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 que es de 210 salarios mínimos básicos unificados^o; y, otro error fundamental es calcular el pago del rubro denominado ^a2. Cesantía^o, aquel que le corresponde al actor en virtud del Reglamento Interno de Beneficios de Carácter Económico para el Personal No Amparado por la Contratación Colectiva de la EMAAP-Q, sin respetar los límites máximos dispuestos en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 para pagar liquidaciones e indemnizaciones en las instituciones públicas, tanto por cada año de servicio como respecto al valor total (fojas 681 y 682 vuelta del proceso). Al respecto del referido informe la Procuraduría General del Estado, indica que el perito ha inobservado del referido informe el contenido de la sentencia que se ejecuta, que además de incluir el pago de una indemnización por aplicación del Mandato Constituyente No. 2, que fue negado en casación; que realiza el cálculo del valor que la entidad debe pagar en aplicación del Reglamento Interno de Beneficios de Carácter Económico para el Personal No Amparado por la Contratación Colectiva de la EMAAP-Q, sin respetar los montos límites que el artículo 8 del Mandato Constituyente 2 ordena se observe al pagar liquidaciones e indemnizaciones en las entidades del Estado o que se financien con recursos del sector público; que advierte que en ningún caso se puede considerar por cada año de servicio del ex gerente el pago de US\$9.697,00, toda vez que el monto

ordenado en el Mandato Constituyente 2, artículo 8, es siete salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un monto máximo de doscientos diez (fojas 684 a 687 de los autos). 2.- Luego y mediante providencia de fecha 29 de agosto de 2018, las 14h08, el Tribunal de conformidad a lo dispuesto en el Art. 258 del Código de Procedimiento Civil, ordenó la apertura del término probatorio por tres días para que se demuestre el error esencial alegado.- En tal virtud, el Tribunal considera: PRIMERO.- Durante el periodo probatorio; las partes procesales en lo sustancial reproducen en su favor documentos que obran del proceso, con ello, cada parte manifiesta justificar sus posturas y aseveraciones.- SEGUNDO.- Por su parte, el Tribunal al hacer el análisis del informe pericial cuestionado, determina que la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, con fecha 30 de julio del 2012, las 16h00, ha sido aceptada parcialmente la demanda presentada por el actor (fojas 541 a 544 del proceso). En tanto, que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia de fecha 21 de enero del 2015, las 11h23, constante a fojas 558 a 560 vuelta del proceso, casa la sentencia recurrida y en su parte pertinente dispone: ^a (¼)3.4.- Abordando la materia de la presente litis, es necesario indicar que ha sido criterio reiterado de este Tribunal, señalar que el artículo 8 del Mandato Constituyente N°2 emanado de la Asamblea Nacional Constituyente (norma denunciada por la parte recurrente como erróneamente interpretada), no creó un derecho a favor de los servidores públicos, más bien tuvo como propósito eliminar las desigualdades entre las personas, estableciendo montos máximos a pagar por concepto de indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, criterio señalado que ha sido puesto de manifiesto en las resoluciones 007-2013, 011-2013, 049-2013, 050-2103, 102-2013, 108-2013 434-2013, 440-2013, 441-2013, 445-2013, y por la Corte Constitucional en la sentencia N° 004-SAN-CC. En este sentido es claro que la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N°1 de Quito, comete un error al reconocer a favor del actor el pago de la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente N°2, por cuanto el referido artículo, como se señaló ut supra, no establece montos fijos, sino posibles valores máximos a percibir por parte de los servidores públicos, por lo que es perfectamente posible percibir cantidades menores (nunca mayores) a las señaladas en el Mandato. En el presente caso, la liquidación que deberá recibir el señor Nieto Terán no podrá ser superior a los montos referidos ut supra. Por lo señalado es claro que en el presente caso se configura en la sentencia una errónea interpretación del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2. IV.- DECISIÓN Por las consideraciones expuestas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, expide la siguiente: SENTENCIA Se casa la sentencia recurrida al tenor de las consideraciones indicadas en el punto 3.4 de la presente sentencia.^o (lo resaltado no corresponde al texto). La Sala Especializada determina que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N°1 de Quito, al emitir la sentencia motivo de casación, cometió un error al reconocer a favor del accionante el pago de la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente N°2, como un derecho independiente.

Consecuentemente los Jueces Nacionales ratifican la naturaleza del referido Mandato, que no es otra sino la de establecer los valores máximos a recibir por parte de los servidores públicos. Que la sentencia de casación en referencia, es muy contundente y clara en razón de los valores que debe recibir el accionante, tomando en cuenta lo ordenado pagar únicamente respecto de la cesantía, pero en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Mandato Constituyente N°. 2, disposición que expresamente dispone:

^a Artículo 8.- Liquidaciones e indemnizaciones.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos vitales básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.^o (lo resaltado no corresponde al texto). A lo anotado, es preciso agregar para su fiel cumplimiento, lo dispuesto en el artículo 9 de dicho Mandato, norma constituyente que textualmente establece la siguiente prohibición: ^a Artículo 9.- Prohibición. - Las disposiciones contenidas en el presente Mandato Constituyente, serán de obligatorio cumplimiento y en tal virtud, éste no será susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo o cualquier otra acción judicial o administrativa. Ninguna autoridad, juez o tribunal podrá reconocer o declarar como derecho adquirido un ingreso mensual total que exceda los límites señalados en el Mandato Constituyente.^o. Por tanto, lo que se deja indicado son los lineamientos que debió seguir el perito para realizar su informe pericial; sin embargo, de la revisión del peritaje se observa que el mismo no se ajusta a lo dispuesto en la sentencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y Art. 8 del Mandato Constituyente N° 2, respecto de los valores que debe recibir el hoy accionante; **ya que se calcula rubros alejados a la realidad jurídica y procesal.**

TERCERO.- El Art. 62 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establece: ^a Art. 62.- [Notificación y ejecución de la sentencia].- Las sentencias del Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo se notificarán a las partes y se ejecutarán en la forma y en los términos que en el fallo se consignen, bajo la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda.^o; en concordancia con el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil que dispone: ^a Art. 295.- La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa; pero se puede corregir el error de cálculo.^o. De tal forma que, la sentencia de casación y en lo pertinente en la sentencia del Tribunal dictada dentro de la presente causa, debe ejecutarse en la forma y en los términos que en la misma se establezca; y, que no puede ser alterada en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa. Tanto más el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: ^a Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.^o. En armonía con lo establecido en el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial; pues, el respeto y estricta

aplicación de las normas jurídicas conlleva a la seguridad jurídica, que garantiza la paz y el fortalecimiento de la seguridad ciudadana.- CUARTO.- Es preciso indicar que, si bien el perito es un auxiliar técnico, profesional y especializado en determinada materia o asunto específico, para el juzgador, con mayor razón, el informe pericial debe estar debidamente sustentado con aquello que fue materia de la pericia; pues, de conformidad con lo establecido con el último inciso del Art. 262 del Código de Procedimiento Civil: ^aNo es obligación del juez o juez atenderse, contra su convicción, a juicio de los peritos^o.- **DECISIÓN.-** Por lo expuesto, en la especie se establece con claridad que **el informe pericial adolece de error esencial y por tanto no puede ser considerado por el Tribunal, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 258 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria aplicable al tenor de lo establecido en los artículos 64 y 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** De tal forma que, este Tribunal acepta el error esencial alegado por la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (EPMAPS), y **dispone se practique una nueva pericia, misma que cumplirá lo dispuesto en los términos del presente auto.** Para el efecto previo sorteo, se designa en calidad de perito Gladys Alexandra Cárdenas Salazar, cuya Dirección: Av. Antonio José de Sucre S9-160, la Floresta, Alangasí, Teléfono Celular 0993392420, Teléfono convencional: 022796077 que consta en el registro del Consejo de la Judicatura, Dirección Provincial de Pichincha, a fin de que practique el examen pericial dispuesto, quien deberá posesionarse de su cargo en este Tribunal el día martes 22 de enero del 2019, a las 09h00, debiendo presentar los documentos habilitantes que acrediten su calidad de perito debidamente registrado en el Consejo de la Judicatura; el informe que deberá ser documentado, fundamentado, pormenorizado, detallado y motivado, mismo que deberá presentarse en el término de 10 días, a partir del día siguiente a la fecha de su posesión. Las partes procesales y de manera especial la administración demandada dará las facilidades, documentación e información que la perito requiera a fin de que cumpla con la pericia ordenada. De conformidad al Art. 30 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial contenido en la Resolución N° 040-2014 de 10 de marzo de 2014, emitida por el Consejo de la Judicatura, se fija en una remuneración básica unificada, los honorarios del perito, en atención a la complejidad del asunto controvertido y al tiempo que deberá invertir en la ejecución de la pericia, la cantidad fijada será sufragada por la entidad demandada, quien solicitó el error esencial.- Se agrega a los autos el acta de sorteo de perito.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

2.6.- El 18 de enero de 2019, el accionante Tomás Amable Nieto Terán propuso recurso de aclaración de lo decidido en auto de 15 de enero de 2019, en el siguiente sentido: ^agenera confusión en la parte actora, frente a los parámetros que debe tomar en cuenta el perito para calcular la indemnización por cesantía a la cual la parte actora tiene derecho, y también frente a las razones tomadas en cuenta por el Tribunal para aceptar el error esencial alegado por la EPMAPS^{1/4}. Frente a lo anteriormente citado, aclare el Tribunal el auto, en el sentido de: ¿El perito debe aplicar los límites establecidos en el artículo 8 del Mandato

Constituyente No. 2 al cálculo de la cesantía?...¿Es aplicable lo considerado por la Corte Nacional de Justicia en el punto 3.4 de su sentencia al cálculo de la cesantía?, ¿Cómo específicamente el peritaje no se ajusta a los (sic) dispuesto en la sentencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia?; y, ¿Qué rubros no se encuentran calculados de acuerdo a la realidad jurídica y procesal?°. Pedido de aclaración que fue trasladado y contestado por la contraparte. Además, en escrito de 15 de febrero de 2019, pidió una audiencia de partes que fue proveída y realizada el 26 de febrero de 2019.

2.7.- En auto de mayoría de 22 de marzo del 2019, los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, Dra. Tatiana Elizabeth Martínez Ledesma y Henry Paul Aguayza Rubio, establecieron: ^aVISTOS: Agréguese al proceso los escritos y anexos presentados por las partes procesales, mediante los cuales se da contestación al traslado efectuado por este Tribunal.- En lo principal, y en atención a los mismos, se considera lo siguiente: PRIMERO.- La aclaración o ampliación es ^a1/4 según Lino Enrique Palacio, ob. Cit. p. 579, 1/4 ()1/4 el remedio que se concede a las partes para obtener que el mismo Juez o Tribunal que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas° (Manual de teoría general de los recursos procesales civiles y penales, aplicada a la legislación ecuatoriana. Jaime Flor Rubianes. Pág. 31. Primera edición. Quito. Ecuador. 2002). Según el tratadista Jaime Flor Rubianes mediante la aclaración cabe: ^acorregir los errores de copia (lapsus calami) o de cálculo (art. 299 del Código de Procedimiento Civil), los equívocos del Juez acerca de los nombres y calidades de las partes (como sería, referirse al actor como demandado o viceversa)° (ob. Cit. pág. 32). SEGUNDO.- El Código de Procedimiento Civil, normativa aplicable respecto de los recursos horizontales, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, al tratarse de una demanda interpuesta antes del 23 de mayo de 2016, fecha de implementación del referido Código, en su artículo 289 establece que: ^aLos autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, por el mismo juez que los pronunció, si lo solicita alguna de las partes dentro del término fijado en el Art. 281°. Por su parte, el artículo 281 del mismo Código de Procedimiento Civil, establece que las solicitudes de aclaración o ampliación, deben ser presentadas dentro de los tres días de notificados con el auto o decreto que sea ampliado o aclarado. TERCERO. - El accionante en la presente causa, a través de su abogado patrocinador, solicita ACLARAR el auto dictado por este Tribunal el día martes 15 de enero de 2019, las 16h43. De la lectura de la petición de aclaración al referido auto, se advierte que el peticionario realiza tres pedidos de aclaración, a saber: 3.1.- Oscuridad frente a si los límites establecidos en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 son aplicables únicamente a la jubilación.- El accionante para fundamentar su petición cita el considerando SEGUNDO del auto recurrido, en donde **el Tribunal de manera clara manifestó que lo ordenado a pagar a favor del accionante, corresponde únicamente al**

rubro de cesantía en atención a lo dispuesto en la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 21 de enero de 2015, las 11h23 (fojas 558 a 560 vta.); cuyo contenido además fue citado textualmente con el objeto que no se genere confusión a las partes procesales y al perito que deberá realizar la liquidación correspondiente, especialmente respecto a lo establecido en el numeral 3.4 de la referida sentencia. En ese sentido, al no ser oscuro el auto en la parte que se atiende, se niega la aclaración en este apartado. 3.2.- Oscuridad frente a los fundamentos jurídicos por los cuales se pretende aplicar la sentencia de la Corte Nacional de Justicia a la cesantía.- El accionante solicita al Tribunal aclarar si se debe aplicar en el cálculo de la cesantía lo considerado en el punto 3.4. de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 21 de enero de 2015, las 11h23. Como bien lo menciona el propio accionante, el rubro de cesantía no fue objeto de casación, en virtud de la admisión parcial de la casación que dio como resultado la emisión de la sentencia por parte de la Corte Nacional de Justicia. Por otra parte, lo referido por este Tribunal en el considerando SEGUNDO de la decisión que se revisa, que textualmente dice: ^aQue la sentencia de casación en referencia, es muy contundente y clara en razón de los valores que debe recibir el accionante, tomando en cuenta lo ordenado pagar únicamente respecto de la cesantía, pero en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Mandato Constituyente N°. 2¼ °, no se refiere a que la Corte Nacional de Justicia haya dispuesto que se deba pagar el rubro de cesantía en aplicación del Mandato Constituyente No. 2, debido a que, como insistimos no fue objeto de casación; por el contrario, corresponde a una disposición de este Tribunal, en virtud de la obligación de aplicar el referido Mandato de acuerdo a lo previsto en su artículo 8. En ese sentido, no cabe aclaración alguna al respecto. 3.3.- Oscuridad frente a la aceptación del error esencial. - El accionante solicita que se aclare cómo el peritaje no se ajusta a lo dispuesto en la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y, qué rubros no se encuentran calculados de acuerdo a la realidad jurídica y procesal. Al respecto, en el considerando SEGUNDO del auto recurrido, **el Tribunal de manera clara ha señalado que se debe realizar la liquidación únicamente del rubro correspondiente a cesantía, en aplicación de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia**, que inclusive ha sido citada textualmente con el objeto que no exista confusión en las partes procesales, así como en el perito que deba realizar la correspondiente liquidación. En tal virtud no existe nada que aclarar respecto a este punto. CUARTO.- En virtud de todo lo expuesto, se NIEGA la petición de aclaración efectuada por el accionante, a través de su abogado patrocinador por improcedente. Consiguientemente, las partes procesales deberán sujetarse a lo dispuesto en el auto de fecha 15 de enero de 2019, las 16h43. Se dispone en tal virtud, para el día viernes 29 de marzo de 2019, a las 09h00, la posesión de la perito designada en el auto recurrido y dé cumplimiento a lo ordenado en el mismo.°

2.8.- El accionante propuso recurso de casación contra el auto de 15 de enero de 2019 las 16h43, que se ejecutorió con el auto de 22 de marzo de 2019 que negó los pedidos de aclaración propuestos por éste fundándose en las causales primera, segunda y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación.

2.9.- En auto de 26 de noviembre de 2020 las 9h34 el Conjuez Temporal de la Corte Nacional de Justicia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo decidió admitir parcialmente el Recurso Extraordinario de Casación planteado por Tomás Amable Nieto Terán respecto de la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, inadmitiéndose los cargos respecto de las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación.

3.- De la argumentación y problema jurídico a resolver, en relación a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, que propuso el actor.

Tomas Amable Nieto Terán, fundamente la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación en la manera que sigue: *“La causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación dispone: Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles.”*

El artículo 76, número 7), letra l), de la Constitución reconoce el siguiente requisito de validez para sentencias o autos dictados por las autoridades judiciales: “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: “...7 El derecho de las personas incluirá las siguientes garantías: 1/41) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

En el mismo sentido, el numeral 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, prescribe: “Ar.103.- Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces. - Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos

internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: 1/44. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentran debidamente motivados serán nulos;

Con respecto a esta garantía constitucional, la Corte Constitucional ha manifestado que: Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y comprensivo, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición de la sociedad las razones de su decisión, permite el ejercicio del control público sobre ellas y auspicia la protección de las garantías básicas y de esta manera logra legitimar la democracia.

Por lo que la función principal de la motivación se deriva en el propósito del juez en evitar la arbitrariedad, armonizar el ordenamiento jurídico y facilitar el control social. Además, la Corte Constitucional ha delimitado los requisitos que debe cumplir una sentencia para considerarse debidamente motivada, al considerar:

Por tanto el incumplimiento del requisitos de motivación, se debe fundamentar señalando razonadamente porqué la sentencia carece de tal motivación; por consiguiente, la fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación; esto es, que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia no está motivada, carece de motivación o no está debidamente motivada, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción; a más de ello debe constar que, la sentencia recurrida carece de razonabilidad, lógica o comprensibilidad, condicionamientos que la Corte Constitucional, ha considerado necesarios para que una decisión judicial, en este caso, una sentencia se encuentre motivada (sentencia 227-14-SEP-CC, caso No. 126-13-EP, sentencia 104-14-SEP-CC, caso 1604-11-EP...Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto (Sentencia No. 227-12-SEP-CC, Caso No. 1212-11-EP).

Frente al texto anteriormente citado, se demuestra que, el máximo órgano de interpretación constitucional también ha considerado que esta garantía constitucional se cumple cuando la sentencia es razonable, lógica y comprensible, condicionamientos necesarios para que las partes conozcan los fundamentos fácticos y jurídicos de las actuaciones judiciales.

Además, la Corte Constitucional también ha desarrollado cada uno de estos requisitos, frente a la razonabilidad, ha establecido que la sentencia debe encontrarse fundada en los principios constitucionales y los hechos del caso estén debidamente subsumidos al Derecho. Con respecto a la lógica, se refiere que las premisas constantes en los considerandos de la sentencia, estén de acuerdo y la parte resolutive de la misma.

Finalmente, la comprensibilidad de la sentencia, se refiere a que existe claridad en el uso del lenguaje y la redacción de la misma. Es decir, la Corte Constitucional, ha considerado estos elementos necesarios para que una decisión judicial, en este caso, una sentencia se encuentre motivada. La motivación nace, como una forma de resguardar la seguridad jurídica y además como una manera de controlar el poder que ha sido entregado al juzgador para resolver un caso concreto. Es por ello que se encuentra consagrada como un principio del debido proceso.

Si no existiera la obligación de realizar este razonamiento lógico razonable y comprensible, se daría carta blanca al Tribunal para que decida de manera arbitraria sin temor a violentar la ley, debido a que, si no existe motivación, la parte que pueda ser afectada con la posible arbitrariedad no podrá contar con los elementos suficientes para realizar una debida defensa¹⁴. Como se expuso anteriormente, el auto de 15 de enero de 2019, es irrazonable, ya que no solo contradice lo resuelto por este Tribunal en la de 30 de julio de 2012, sino también con el auto de mandamiento de ejecución y su complemento, en el cual se exponen los parámetros para que el perito realice el informe de liquidación de los valores adeudados por la EPMAPS al Sr. Tomás Amable Nieto Terán.

Se debe tomar en cuenta que, con la finalidad de evitar que existan vicios de incongruencia e irracionalidad en su parte resolutive, los autos se deben casar cuando no hay armonía en la parte dispositiva del mismo, con las sentencias que se encuentran siendo ejecutadas, es decir, cuando el auto está contradiciendo lo ejecutado.

Como se demostró anteriormente, frente al cálculo de los valores que la parte actora debe recibir

por cesantía únicamente se debe aplicar lo resuelto por este Tribunal en la sentencia de 30 de julio de 2012, y no como el Tribunal considera arbitrariamente en el auto recurrido, determinado que se debe aplicar al cálculo de este rubro, los límites previstos en el artículo 8 del Mandamiento Constituyente No. 2.

Por otro lado, la falta de motivación también se da cuando no existe una verdadera subsunción de los hechos al Derecho, con el fin de que no existan consideraciones oscuras que pueden contradecir las sentencias que se encuentran siendo ejecutadas y así se liquide pericialmente de acuerdo a las mismas.

En el auto recurrido, además de los considerandos SEGUNDO y TERCERO, también existe oscuridad en el considerando CUARTO, en el cual el Tribunal concluye: CUARTO.- Es preciso indicar que, si bien el perito es un auxiliar técnico, profesional y especializado en determinada materia o asunto específico, para el juzgador, con mayor razón, el informe pericial debe estar debidamente sustentado con aquello que fue materia de la pericia; pues, de conformidad con lo establecido con el último inciso del Art. 262 del Código de Procedimiento Civil. No es obligación del juez o juez atenderse, contra su convicción, al juicio de peritos.

Frente a lo anteriormente citado, no queda claro los fundamentos fácticos y jurídicos tomados en cuenta por el Tribunal para concluir que el peritaje no está sustentado con aquello que es materia de la pericia, cuando los lineamientos que debe seguir el perito están especificados en el auto de mandamiento de ejecución de fecha 16 de diciembre de 2016 y en el auto de mandamiento de ejecución de fecha de 16 de diciembre de 2016 y en el auto de complemento de 12 de enero de 2017, mismos que se encuentran ejecutoriados.

En los mencionados, autos, el Tribunal ya dejó sentado que en las sentencias se reconocen los rubros de cesantía y jubilación a favor de la parte actora, y que los límites previstos en el artículo 8 del Mandamiento Constituyente No. 2, son aplicables al cálculo de la jubilación; es así como el perito procedió a fijar el valor que al EPMAPS debe pagar al Sr. Tomás Nieto, en estricto apego a la materia de la pericia.

Por lo expuesto, se evidencia que los considerandos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO del auto recurrido se encuentran inmotivados, ya que, de forma irrazonable y oscura, contradicen las sentencias

que se encuentran siendo ejecutadas y el auto de mandamiento de ejecución dictado sobre la base a las mismas. No existe ningún fundamento legal para que ahora el Tribunal pretenda desconocer los derechos reconocidos judicialmente a favor del Sr. Tomás Nieto^{1/4}. En la parte final del considerando SEGUNDO, el Tribunal concluye: Por tanto, lo que se deja indicado son los lineamientos que debió seguir el perito para realizar su informe pericial; sin embargo, de la revisión del peritaje se observa que el mismo no se ajusta a lo dispuesto en la sentencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y Art. 8 del Mandato Constituyente No.2., respecto de los valores que debe recibir el hoy accionante; ya que se calcula rubros alejados de la realidad jurídica procesal.-

En el presente escrito, y en los escritos de 18 de enero de 2019, 30 de noviembre de 2018, 3 de septiembre de 2018, 9 de agosto de 2018, 24 de enero de 2018 y 23 de marzo de 2017, la parte actora comprobó que la realidad jurídica y procesal ordena que el peritaje incluya los valores de cesantía y jubilación reconocidos a favor del Sr. Tomás Nieto, y que, además, dicha realidad procesal se encuentra en firme, por lo que no puede ser modificada por un auto posterior del mismo Tribunal.

Por consiguiente, es irrazonable e incomprensible las razones por las cuales el Tribunal declara la inexistencia de un error esencial en el peritaje, por supuestamente calcular rubros alejados a la realidad jurídica, ignorando el auto de mandamiento a ejecución dictado por el mismo Tribunal en la presente fase de ejecución.

De este modo, es irrazonable e incomprensible los fundamentos legales aplicados por el Tribunal para sustentar que el peritaje considera rubros que no fueron reconocidos en las sentencias, cuando el propio Tribunal ya reconoció que la EPMAPS debe pagar a la parte actora tanto la cesantía como la jubilación. La mencionada contradicción del Tribunal acarrea la nulidad el auto recurrido, ya que existe una clara falta de motivación de las consideraciones realizadas para concluir que si existe un error esencial en un peritaje realizado en base a lo estrictamente se(sic) señalado en las sentencias y por el auto de mandamiento a ejecución°.

De lo expuesto por el casacionista, los problemas jurídicos a resolver son:

1) Si el auto de 15 de enero de 2019 y el auto de 22 de marzo de 2019 que negó su aclaración, se hallan motivados; y,

2) Si se ha configurado la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, que debe disponer la Sala.

4.-Desarrollo de los Problemas Jurídicos planteados:

4.1.- ¿El auto de 15 de enero de 2019 y el auto de 22 de marzo de 2019 son motivados?

La motivación, es una garantía fundamental de los ciudadanos para que los autos y sentencias que se expiden y decidan sobre sus derechos, se ^afundamenten racionalmente°, evitando afectarlos por la arbitrariedad judicial, a tal efecto, para que se cumpla con la garantía establecida en el artículo 76 numeral 7, letra 1) de la Constitución, tienen que existir una ^afundamentación normativa suficiente°, y una ^afundamentación fáctica suficiente°. Cuando aquello no ocurre, se vulnera la garantía de motivación, lo cual puede provocar la nulidad total o parcial del acto procesal, ya sea que la misma sea por una ^ainsuficiencia de motivación° o por una ^amotivación inexistente° (Corte Constitucional en Sentencia No. 1158-17-EP/21).

Como ha instruido la Corte Constitucional en la sentencia, la motivación no depende de lo extenso o corto de la decisión, sino del cumplimiento de aquella estructura o parámetro mínimo de garantía en la resolución de los problemas jurídicos, 1) enunciando las normas o principios jurídicos en que se fundan los juzgadores; y, 2) explicando las razones de pertinencia de su aplicación de los antecedentes de hecho.

De manera que: ^auna argumentación jurídica cuenta con una estructura mínimamente completa cuando está compuesta por suficientes fundamentos fácticos (sobre los antecedentes de hecho y su prueba) y jurídicos (enuncia normas y principios jurídicos y explica la aplicación de éstos a los antecedentes de hecho)°.

En concreto es necesario destacar que el problema jurídico que debía resolver el Tribunal Distrital en el auto de 15 de enero de 2019 (2.5 de esta Resolución) y el auto de 22 de marzo de 2019 (2.7 de esta Resolución) impugnados, era la correcta ejecución de lo dispuesto en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de 21 de enero de 2015, que casó parcialmente la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Contencioso Administrativo de 30 de julio de 2012, cuyos contenidos principales se hallan descritos en los numerales 2.2. y 2.3 de esta Resolución.

Revisada las sentencias y los referidos autos que procuran ejecutarlas es evidente que ambos actos procesales se desvían de la ejecución íntegra de las sentencias, ya que en momento alguno dichas sentencias dispusieron ^apagar únicamente respecto de la cesantía^o, y peor aún la referida sentencia dispuso que tal valor debía ser considerado en estricta aplicación del ^aMandato Constituyente No. 2^o, por lo tanto ambos actos procesales no se hallan debidamente motivados e incumplen las premisas jurídicas suficientes, en franca vulneración al deber de motivación del Art. 76 numeral 7 letra 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Consideraciones que son erradas ya que la sentencia de casación lo que indicó es que: ^a¼ el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 emanado de la Asamblea Nacional Constituyente (norma denunciada por la parte recurrente como erróneamente interpretada), **no creó un derecho a favor de los servidores públicos**, más bien tuvo como propósito eliminar las desigualdades entre las personas, **estableciendo montos máximos a pagar por concepto de indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación**, criterio señalado que ha sido puesto de manifiesto en las resoluciones 007-2013, 011-2013, 049-2013, 050-2013, 102-2013, 108-2013, 434-2013, 440-2013, 441-2013, 445-2013, y por la Corte Constitucional en sentencia No. 004-SAN-CC.^o, de manera que aquella disposición no tiene vinculación alguna con lo ordenado en sentencia de 30 de julio de 2012, las 16h00 que se pronunció en el numeral noveno sobre el derecho de CESANTÍA que es uno DISTINTO DE LA COMPENSACIÓN POR JUBILACIÓN, derecho que NO FUE NEGADO, **sino que expresamente se halla reconocido en la sentencia casacional al disponer** ^a¼ comete un error al reconocer a favor del actor el pago de la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente No.2 por cuanto el referido artículo, como se señaló ut supra, **no establece montos fijos, sino posibles valores máximos a percibir por parte de los servidores públicos, por lo que es perfectamente posible percibir cantidades menores, (nunca mayores)** a las señalada en el Mandato ^a¼^o, liquidación que evidentemente tenía que realizarse en conformidad a la Ley, esto es en aplicación del Art. 133 de la LOSSCA y que es un valor independiente del que debía reconocerse al actor por concepto de cesantía, pues nada tiene que ver la disposición del Mandato No. 2 con aquel concepto, por lo indicado es evidente que corresponde casar los referidos autos de 15 de marzo de 2019 y de 15 de enero de 2019, por la incoherencia existente en su parte dispositiva, al desatender la ejecución que correspondía observar al Tribunal Distrital en virtud de lo dispuesto en el Art. 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Art. 295 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la misma por lo dispuesto en el Art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4.2.- Si se ha configurado la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. ¿qué debe disponer la Sala?

Ya que es evidente que en los autos impugnados, incurren en una incongruencia ante el derecho (Artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y artículo 295 del Código de Procedimiento Civil), pues los juzgadores que emitieron la decisión de mayoría de 22 de marzo de 2019, y previamente el auto principal de 15 de enero de 2019, deben ceñirse a lo dispuesto en la sentencia, de manera que no pueden innovarla desatendiendo sus disposiciones o desnaturalizándolas, de ahí que han errado, no solo en indicar que el valor dispuesto en la sentencia por concepto de cesantía se halle limitado por el Mandato No. 2, sino además al sostener que la sentencia negó el derecho a la bonificación de jubilación, aspecto que en momento alguno se ha dispuesto en la sentencia de la Sala de lo Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, sino que lo que se dispuso es realizar el cálculo respectivo, **observando que el pago por compensación por jubilación NO PUEDE SUPERAR EL MONTO de la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente No.2.**

De ahí que el referido Tribunal Distrital erró en desestimar la liquidación realizada por el perito Franklin Endara en informe pericial de 21 de marzo de 2018, quien se ciñó a lo dispuesto en las sentencias, ya que ha explicado que al actor por concepto de indemnización por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, **le correspondía el valor de USD. 45.780,00 correspondiente al máximo previsto por el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 y que por concepto de cesantía correspondía reconocer al actor el monto de USD 96.970.00, el mismo que es el máximo que permite el Reglamento Interno de Beneficios de Carácter Económico para el Personal no amparado por la Contratación Colectiva de la EMAAP Quito.**

Perito que ha sido minucioso el referido cálculo, indicando que, aplicando la fórmula respectiva, se arrojó un valor inicial de USD. 119.596,32, que correspondía al valor de dos veces la última remuneración mensual ($\text{USD. } 4.848,50 \times 2 = \text{USD. } 9.697,00$) dividida para 12 meses (USD.808,08) multiplicada por el tiempo de trabajo (148 meses trabajados, 12 años y cuatro meses), valores de los cuales realizó la deducción de lo pagado al accionante en su liquidación inicial que correspondía a lo previsto en el Art. 133 de la LOSCCA (USD.19.394), concluyendo que realizada la operación matemática correspondiente ($\text{USD. } 45.780,00 + 96.970,00 - 19.394,00$) que correspondía reconocerle al actor como valor pendiente de pago el monto de USD. 123.356,00.(fojas 661 a 664 del proceso).

4.3.- DECISIÓN. Por todo lo expuesto, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia CASA los autos de 15 de enero de 2019 y de 22 de marzo de 2019 por haberse configurado la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, por existir un vicio de motivación en la forma que se ha explicado anteriormente, y al ser pertinente corregir el error motivacional, de conformidad con lo expuesto, se dispone que en cumplimiento de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de 21 de enero de 2015 y la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Contencioso Administrativo de 30 de julio de 2012, se proceda al pago del monto de CIENTO VEINTITRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS DÓLARES AMERICANOS (USD. 123.356,00) a favor del actor Tomás Amable Nieto Terán, de conformidad con lo expuesto en el punto 4.2 de esta Resolución, valor que deberá ser satisfecho por la entidad demandada, Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAAPS (anteriormente EMAAP Q), en el término de quince días, cuyo incumplimiento generará los intereses respectivos a favor del actor de esta causa. Notifíquese y devuélvase el proceso.

ESPINOSA BRITO MAURICIO BAYARDO

CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL



183652901-DFE

Juicio No. 17801-2010-21261

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Quito, lunes 22 de agosto del 2022, las 12h19. VISTOS: (Juicio 17801-2010-21261) Para resolver los recursos horizontales de ampliación y aclaración interpuestos por Hugo Padilla Romero, procurador judicial del Ing. Othon Zevallos Moreno, gerente general y representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (EPMAPS), este Tribunal realiza las siguientes consideraciones:

1. El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil dispone que: *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada”*.

2. El recurrente solicita se amplíe y aclare el auto estableciendo: ^a ¼ cuál es el origen de la cifra de QSD 45.78 por qué no es un monto inferior, considerando que la sentencia en ejecución señaló que el reiterado criterio de este Tribunal es que el Mandato Constituyente No. 2 no creó un derecho a favor de los servidores públicos sino solamente señaló límites ¼ °. Asimismo, en aquel pedido horizontal afirma que: ^a ¼ la Interpretación hecha por el perito es errónea y contraría abiertamente lo que ordenó la Corte Nacional en la sentencia de este juicio ¼ °. De igual manera solicita se: ^a ¼ aclare la existencia o no de suficiente respaldo documental del informe pericial, en cumplimiento o no, del art. 21, numeral 4, del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial vigente a la fecha; y solicito ampliación para que dispongan que sea pagado aquello que esté debidamente sustentado documentalmente por el perito en su informe de acuerdo a la normativa vigente para los informes periciales ¼ °, y finalmente requiere la aclaración de la disposición de la Sala puesto que la sentencia dictada por el Tribunal Distrital el 30 de julio de 2012 ordenó el pago sin intereses.

3.- Analizado los pedidos, estos pretenden contradecir y cuestionar lo decidido, que no es el objeto de los recursos horizontales de aclaración y ampliación, los cuales respectivamente proceden para aclarar algún aspecto de oscuridad en lo decidido, y de insuficiencia en la resolución de los problemas jurídicos objeto de la decisión adoptada, lo cual no ocurre en el auto de 11 de marzo de 2022 que una vez que ha sido nuevamente analizada por la Sala Especializada se evidencia que es clara y completa, por lo que se desecha el recurso interpuesto, advirtiendo al litigante de la entidad estatal actúe de buena fe y se abstenga de continuar incidentando injustificadamente el proceso, bajo prevenciones del Art. 131 numeral 5 Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 132 numeral 1 de la misma norma legal. Notifíquese.-

ESPINOSA BRITO MAURICIO BAYARDO

CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)



171263988-DFE

Juicio No. 01802-2014-0165 RESOLUCION N° 229-2022

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Quito, miércoles 9 de marzo del 2022, las 09h29. **VISTOS:** El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa N°. **01802-2014-0165:**

I. Conformación y competencia de la Sala

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

a.- El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución N°. 008-2021 de 28 de enero de 2021;

b.- La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante resolución N°. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,

c.- Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios N°. 115-P-CNJ-2021 y 113- P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

1.2. Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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

II. Antecedentes

2.1. El 26 de mayo de 2014, Eulalia Beatriz Álvarez Pazos propuso un recurso subjetivo o de plena jurisdicción contra la Universidad de Cuenca y la Procuraduría General del Estado. Impugnó el acto administrativo contenido en el oficio No. 0000384-RECTORADO-2014 de 2 de mayo de 2014 en la que se negó su petición de 9 de abril de 2014 para que se reliquide el valor recibido por renuncia voluntaria y que, además, se le paguen todos los *“emolumentos remunerativos (responsabilidad, antigüedad, bono de comisariato, etc)”*, calculados desde el 13 de marzo del 2000 hasta el 30 de junio del 2009.

2.2. En la demanda, fijó como pretensión que se declare la ilegalidad y nulidad del acto impugnado, se aplique el silencio administrativo positivo a su favor porque la petición de 9 de abril de 2014 fue contestada de manera extemporánea; y, se disponga el pago de los valores que requirió a la Universidad de Cuenca.

2.3. Mediante sentencia de 9 de diciembre de 2019, las 10h10, el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca (ªTDCAº) declaró parcialmente con lugar la demanda y la invalidez del acto impugnado. Además, dispuso que la Universidad de Cuenca reliquide y pague a la actora los valores que le correspondían como compensación por la compra de renuncia, considerando todos los años de servicio en el sector público menos lo ya recibido. Inconforme con lo resuelto, el 23 de enero de 2020, la Universidad de Cuenca interpuso recurso de casación.

2.4. El 9 de noviembre de 2020, las 12h00, la Conjueza Nacional Hipatia Ortiz Vargas admitió a trámite la casación y dispuso que se corra traslado a las partes por el término de cinco días, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Casación. Este traslado no fue contestado y tampoco las partes solicitaron que se convoque a audiencia de estrados bajo el artículo 14 de la Ley de Casación.

2.5. El 7 de mayo de 2021, este caso fue sorteado al Tribunal conformado por los siguientes jueces nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo: Milton Velásquez Díaz (ponente), Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido.

III. Validez procesal

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

IV. Análisis del recurso

a. Argumentos de la recurrente

4.1. La Universidad de Cuenca pretende que se case la sentencia del TDCA de Cuenca bajo las causales 1 y 5 del artículo 3 de la Ley de Casación. En relación a la primera causal, alegó la aplicación indebida de los artículos 425, segundo inciso, de la Constitución y 285 del Reglamento General de Aplicación a la Ley Orgánica de Servicio Público (^aLOSEP^o); así como, la falta de aplicación de los artículos 82 de la Constitución y 10 del Acuerdo Ministerial NRO-MRL-2011-00158.

4.2. Según la recurrente, el TDCA de Cuenca aplicó indebidamente el principio de jerarquía normativa, reconocido en el artículo 425 de la Constitución, porque no existía un conflicto entre el artículo 10 del Acuerdo Ministerial NRO-MRL-2011-00158 y el artículo 285 del Reglamento General de Aplicación a la LOSEP dado que norman supuestos distintos. Por un lado, el artículo del Acuerdo regula -en específico- el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, donde sólo se consideran los años servidos en la misma institución. Por otro lado, el artículo del Reglamento se refiere -en general- a las compensaciones e indemnizaciones establecidas en la LOSEP y dispone que para el cálculo de estas se tomarán en cuenta *“los años laborados en el sector público”*.

4.3. En relación al artículo 285 del Reglamento General de Aplicación a la LOSEP, la recurrente manifestó que esta norma fue indebidamente aplicada porque no se refiere a un supuesto de retiro voluntario, sino a la compensación por renuncia voluntaria.

4.4. Además, señaló que el TDCA de Cuenca incurrió en una falta de aplicación del artículo 10 del Acuerdo Ministerial NRO-MRL-2011-00158, so pretexto del principio de jerarquía normativa, pese

que esta era la norma que debía ser empleada ante el supuesto de renuncia voluntaria. A su vez, a criterio de la recurrente, esta falta de aplicación derivó en una violación directa del artículo 82 de la Constitución dado que el Acuerdo Ministerial en cuestión era una norma previa, clara y pública que se encontraba vigente y cuya constitucionalidad no había sido comprometida por una declaratoria de la Corte Constitucional. Por lo cual, no podía dejar de ser aplicada en razón del principio de jerarquía normativa del artículo 425 de la Constitución.

4.5. Por último, sobre la causal quinta, indicó que existen decisiones contradictorias en la sentencia pues el TDCA de Cuenca utilizó indistintamente los términos “*renuncia voluntaria*”, “*retiro por jubilación*” y “*compra de renunciaciones*”, cuando estas son tres formas distintas de cesación del servidor público respectivamente distinguidas en las letras i), j) y k) del artículo 47 de la LOSEP.

b. El orden de análisis de las causales de casación

4.6. Esta Corte ha establecido que, antes de analizar las causales por errores *in iudicando*, deben examinarse las causales de casación que guardan relación con los defectos de construcción procesal de la sentencia impugnada. Es decir, primero se debe entrar al estudio de las causales relativas a la violación de normas procesales (segunda), la congruencia de la sentencia en cuanto la resolución de materia que no formó parte del litigio u la omisión de resolver todos los puntos controvertidos (cuarta), y el cumplimiento de los requisitos legales o la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles (quinta).

4.7. En este sentido, se determinó lo siguiente en la resolución No. 0892-2013:

Para resolver el recurso de casación, de conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios “*in procedendo*”, que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las **causales segunda, cuarta y quinta**; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores “*in iudicando*”, que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por

violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.

Corte Nacional de Justicia, Sentencia 0892-2013, Juicio 1262-2009, 19 de Noviembre de 2013, considerando 4.

4.8. En consecuencia, en este caso, primero se procederá a analizar la causal quinta por la supuesta adopción de decisiones contradictorias en la sentencia; y, luego, la causal primera conforme fue invocada por la recurrente.

4.9. En el evento de constatar la configuración de la causal quinta, este Tribunal no realizará consideraciones adicionales sobre la causal primera puesto que la verificación de un solo de estos yerros es suficiente para casar la sentencia y entrar a dictar una decisión de méritos en sustitución de la del Tribunal *a quo*, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación. Dicho de otra manera, una vez que ya se haya determinado la existencia de una causal de casación, se tornaría intrascendente entrar al análisis de otras porque indistintamente de ese examen -sea que se constate o no un yerro adicional al que ya se ha corroborado- el resultado seguirá siendo el mismo para las partes: este Tribunal tendrá la obligación de casar la sentencia recurrida y dictar una de méritos.

c. Análisis de la causal quinta por la supuesta adopción de decisiones contradictorias

4.10. De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Casación, la causal quinta se configura cuando *“la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su **parte dispositiva** se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”*. Aunque una interpretación puramente literal de la ley podría sugerir que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la **parte resolutive** del fallo, la doctrina y esta Corte han aclarado que la causal de casación en cuestión también incluye las contradicciones e incompatibilidades que se encuentren entre la parte dispositiva de la providencia y la considerativa [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 1ra

Edición, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Andrade & Asociados, 2005, 136; Corte Suprema de Justicia, fallo No. 558-99, 9 de noviembre de 1999].

4.11. En este caso, la recurrente alega la contradicción entre la parte dispositiva y la considerativa de la sentencia por haberse utilizado indistintamente las figuras de *"renuncia voluntaria"*, *"retiro por jubilación"* y *"compra de renunciaciones"*. Al respecto, este Tribunal observa que el TDCA de Cuenca estableció lo siguiente en la parte resolutive de la sentencia recurrida:

Declara parcialmente con lugar la demanda y por ende la invalidez del oficio número Oficio No. 0000384-RECTORADO-2014- de fecha 2 de mayo de 2014, y dispone que la Universidad de Cuenca proceda a reliquidar y pagar a la accionante los valores que corresponden a su **compensación por compra de renuncia** considerando todos los años de servicio en el sector público restando lo ya recibido; pago que deberá calcularse y realizarse por la Universidad de Cuenca en el término de treinta días de ejecutoriada la presente sentencia sin intereses, pues es esta sentencia la que reconoce dicho derecho.

4.12. Para verificar si existe el vicio alegado por la recurrente, es necesario dilucidar si la parte considerativa de la sentencia recurrida guarda armonía con la decisión. Esto es, si el razonamiento del TDCA de Cuenca estuvo relacionado a la figura de *"compra de renuncia"* para luego concluir, en la parte dispositiva, que la accionante merecía una compensación por ese concepto.

4.13. De la revisión de la sentencia recurrida, este Tribunal advierte que el TDCA de Cuenca destinó el considerando décimo a analizar *"la pretensión referente a la reliquidación de los montos entregados por concepto de indemnización por renuncia para acogerse a la jubilación"*. En esa sección, el TDCA de Cuenca determinó que la cesación de funciones de Eulalia Beatriz Alvarez Pazos se dio por renuncia voluntaria, luego de revisar el *"Acta de Pago por Compensación por Renuncia Voluntaria suscrita el 06 de diciembre de 2013"*. En palabras del Tribunal *a quo*:

De lo anterior es claro que la accionante Eulalia Beatriz Alvarez Pazos recibió la compensación económica por su **renuncia voluntaria** (1/4); en tal virtud correspondía

que la Universidad de Cuenca aplicar (sic) dicha norma reglamentaria [*artículo 285 del Reglamento General de Aplicación a la LOSEP*] para el cálculo de la compensación por **renuncia voluntaria** que corresponde a la accionante Eulalia Beatriz Alvarez Pazos, considerando todos los años que laboró en el sector público; como lo acredita con la historia laboral del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; sin embargo, en cuanto a (sic) límite de la compensación por **renuncia voluntaria** se debe aplicar la constante en el artículo 129 de la LOSEP esto es hasta ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total pues dicha norma de manera alguna contradicen como se ha determinado, los mandatos constitucionales respecto a las compensaciones por renuncia voluntaria. (énfasis añadido)

4.14. No obstante, en el mismo considerando décimo, el TDCA de Cuenca invocó los artículos 129 de la LOSEP y 288 del Reglamento General de Aplicación a la LOSEP. Ambos regulan la compensación de retiro por jubilación. Esto se evidencia de la propia redacción de las disposiciones antedichas. En su parte pertinente, el primero de estos artículos señala:

Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, **que se acojan a los beneficios de la jubilación**, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total (¼).

4.15. En esa misma línea, el segundo de los artículos en cuestión establece en su parte relevante:

La o el servidor público que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de **seguridad social para la jubilación**, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y **se reconocerá** al solicitante un estímulo y **compensación económica**, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y **129** de la misma ley

(énfasis añadido).

4.16. En razón de lo anterior, este Tribunal observa que -dentro del considerando décimo- el Tribunal *a quo* razonó que el caso de la señora Eulalia Beatriz Alvarez Pazos se trataba de una *renuncia voluntaria*, pero al mismo tiempo aplicó normativa sobre el *retiro por jubilación*, y -en la parte dispositiva- concluyó que la actora merecía una compensación por *compra de renuncia*. En otras palabras, el TDCA de Cuenca hizo alusión a tres figuras de cesación del servidor público.

4.17. Por lo cual, ahora corresponde que este Tribunal explique cómo el empleo simultáneo de estas figuras implica una contradicción, entendida como un conjunto de proposiciones que se invalidan al oponerse recíprocamente. Así, resulta necesario abordar las particularidades de cada figura referida por el TDCA de Cuenca.

4.18. Primero, la renuncia voluntaria es una forma de cesación en la que el servidor, por su propio deseo, comunica por escrito a la autoridad nominadora su decisión de desvincularse del puesto. Cuando la autoridad nominadora no se pronuncia al respecto dentro del plazo de quince días a la fecha de salida, la renuncia se considera aceptada. Esto de conformidad con el artículo 102 del Reglamento General de Aplicación de la LOSEP. La compensación por este concepto opera de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución. De conformidad con la disposición general décima segunda de la LOSEP, se hace efectiva a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución bajo cualquier modalidad de nombramiento, y hasta el año en el cual sea presentada y aprobada la renuncia (artículo 286 del Reglamento General de Aplicación de la LOSEP).

4.19. Segundo, el retiro por jubilación procede en los casos en que los servidores, establecidos en el artículo 3 de la LOSEP, hayan cumplido los requisitos de jubilación de las leyes de seguridad social (artículo 128 LOSEP). Estos servidores tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total (artículo 129 LOSEP).

4.20. Tercero, en relación a las compras de renuncia con indemnización, las instituciones del Estado

pueden establecer planes debidamente presupuestados para cesar a sus servidores en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización. El monto de la indemnización que por este concepto tienen derecho a recibir los servidores es 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 debe pagarse en efectivo [Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en Registro Oficial Suplemento 489 de 12 de Julio del 2011; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 26-18-IN/20, 28 de octubre de 2020].

4.21. Tras haber precisado las particularidades de cada figura, se evidencia que estas son distintas e incluso merecen compensaciones diferentes. En consecuencia, un servidor no puede ser cesado definitivamente bajo una y al mismo tiempo bajo otra de las figuras del artículo 47 de la LOSEP, pues es una u otra. Por principio de no contradicción, es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo. Es decir, en este caso, no es posible que Eulalia Beatriz Alvarez Pazos haya sido cesada por *renuncia voluntaria* y que al mismo tiempo se lo haya hecho por la *compra de renuncia* o mediante *retiro por jubilación*.

4.22. Por lo expuesto, este Tribunal constata que el TDCA de Cuenca incurrió en una contradicción por haberse referido a dos formas distintas de cesación definitiva en la parte considerativa la sentencia recurrida, y a otra diferente en la parte dispositiva. Consecuentemente, se verifica la causal de casación establecida en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley de Casación y, por ende, se procederá a emitir una decisión sobre los méritos del caso, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación.

V. Sentencia de mérito

5.1. Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019]. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente en relación a la facultad establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación:

(¼) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error

de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.

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

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

5.3. En relación a la aplicación del Mandato Constituyente No. 2; el silencio administrativo positivo; la pretensión de pago de los emolumentos remunerativos de responsabilidad, bono de comisariato y antigüedad; y, la ilegitimidad de personería alegada por la Procuraduría General del Estado, se ratifica la decisión tomada por el TDCA de Cuenca.

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

5.5. En este caso, el Tribunal coincide con el criterio del TDCA de Cuenca en los puntos antedichos por lo siguiente:

En relación a la aplicación del Mandato Constituyente No. 2: La Corte Constitucional ya ha determinado que el artículo 8 de este mandato constituyente solo establece el monto máximo que por efecto de indemnizaciones por supresión de partida, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación podían recibir los funcionarios, servidores públicos; y, que bien podían determinarse montos inferiores a ese máximo [Corte Constitucional del

Ecuador, sentencia 0001-10-SAN-CC, caso 0040-09-AN, 13 de abril de 2010; sentencia 100-14-SEP-CC, caso 0026-11-EP, 18 de junio de 2014].

Sobre el silencio administrativo positivo: La actora presentó su solicitud el 9 de abril de 2014 y la Universidad de Cuenca respondió el 2 de mayo de 2014, es decir, dentro de los 15 días que tenía para dar contestación a dicha solicitud (los días 18 de abril y 1 de mayo de 2014 fueron feriados), de conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Por lo cual, no se produjo el acto administrativo presunto.

Sobre los emolumentos remunerativos de responsabilidad, bono de comisariato y antigüedad: Operó la caducidad para reclamar por el período comprendido entre el año 2000 y 2009 en el que la actora mantuvo una vinculación contractual con la Universidad de Cuenca.

Por los artículos 175 y 176 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, caducó la posibilidad de reclamar cuestiones relativas al periodo comprendido entre el 2000 hasta antes del 6 de octubre de 2003 que entró en vigencia la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

En razón de los artículos 98 y 99 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, caducaron las cuestiones relativas al periodo comprendido entre 6 de octubre de 2003 hasta antes del 12 de mayo de 2005 que entró en vigencia la Codificación de la ley ibídem. Por último, las cuestiones comprendidas desde el 12 de mayo de 2005 hasta el 2009, caducaron bajo los artículos 98 y 99 de la codificación antedicha.

Sobre la ilegitimidad de personería alegada por la Procuraduría General del Estado: Esta es improcedente porque debe contarse con su participación en esta causa bajo los artículos 3 (letras a y c) y 6 de la Ley de la Procuraduría General del Estado.

5.6. Por lo tanto, sólo resta que este Tribunal emita un criterio propio sobre la pretensión de la actora

para que se declare la ilegalidad y nulidad del acto contenido en el oficio No. 0000384-RECTORADO-2014 de 2 de mayo de 2014; y que, en consecuencia, se disponga la reliquidación del monto recibido por actora en razón de su salida de la Universidad de Cuenca.

5.7. Dado que la actora fundamentó la ilegalidad y nulidad del acto, principalmente, en que la Universidad de Cuenca debía reliquidar su compensación tomando en cuenta todos sus años de servicio en el sector público, el Tribunal analizará si esta aseveración se encuentra asistida por el Derecho. De verificar lo contrario, se rechazará la demanda por improcedente.

a. Sobre la reliquidación del monto recibido por actora en razón de su salida de la Universidad de Cuenca

5.8. En la presente causa, no existe controversia en cuanto a la figura de cesación del servicio público de Eulalia Beatriz Álvarez Pazos. Las partes han reconocido que la actora se retiró voluntariamente de la Universidad de Cuenca para acogerse a los planes de retiro de la institución. En la demanda, Eulalia Beatriz Álvarez Pazos manifestó: *“ (1/4) por mi **retiro voluntario** se me ha asignado un valor inferior asignado al legal (1/4)°*; y, por su parte, la Universidad de Cuenca en el escrito de interposición de casación señaló: *“ (1/4) en fecha 28 de noviembre del 2013, la señora Eulalia Beatriz Álvarez Pasos, decidió acogerse al **plan de retiro voluntario**, decisión que fue aceptada por la institución (1/4)°*.

5.9. No obstante, el conflicto gira en torno al monto de la compensación que merecía la actora en razón de su retiro voluntario del servicio público. La actora estima que el cálculo de la compensación debía hacerse considerando todos los años que trabajó en el sector público y no sólo los años que laboró en la Universidad de Cuenca, de conformidad con el Reglamento General de Aplicación a la LOSEP y el Mandato Constituyente No. 2 (demanda, foja 9).

5.10. Por otro lado, la Universidad de Cuenca y la Procuraduría General del Estado consideran que dicho cálculo sólo incluye los años trabajados en la institución, de conformidad con el artículo 129 y la disposición general décima segunda de la LOSEP y el Acuerdo Ministerial MRL-2011-0158 (contestación, foja 25; escrito de Universidad de Cuenca, 18 de junio de 2015, foja 109).

5.11. Para determinar si procede reliquidar la compensación de la actora, es necesario realizar algunas puntualizaciones. Primero, el retiro voluntario con indemnización no es lo mismo que el retiro por jubilación. Este último sólo procede cuando el servidor ha cumplido los requisitos de las leyes de Seguridad Social para jubilarse (artículos 128 y 129 de la LOSEP).

5.12. Si bien el artículo 288 del Reglamento General de Aplicación a LOSEP sobre la *compensación por jubilación* contiene una referencia al *"retiro no obligatorio"*, esta no es equivalente retiro voluntario. El *"retiro no obligatorio"* para acogerse a los beneficios de jubilación es una figura que cobra sentido en oposición al *"retiro obligatorio"* al que se refiere el artículo 289 *ibídem*. El retiro no obligatorio tiene lugar cuando el servidor ha cumplido los requisitos para jubilarse según las normas de seguridad social -sea por vejez, invalidez u otras causas- pero todavía no ha llegado a los 70 años de edad, por lo cual, puede o no acogerse al beneficio de jubilación; mientras que, en el segundo, el servidor está obligado a acogerse al beneficio de jubilación porque ha llegado a los 70 años de edad y, además, ha cumplido los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación.

5.13. La distinción entre el *retiro no obligatorio*, como parte de la figura del retiro por jubilación, y la *renuncia o retiro voluntario* ha sido recalcada por la Corte Constitucional en la sentencia No. 36-15-AN/20. En ese caso, la Corte reprochó a la Superintendencia de Bancos por haber confundido ambas figuras. La servidora había presentado múltiples solicitudes a la Superintendencia para recibir la compensación por *retiro voluntario*, pero la institución le negó las peticiones haciendo referencia al plan de *jubilación voluntaria*. A criterio de la Corte, esto traicionó la confianza legítima que tuvo la servidora respecto de la Administración, quien le respondió *"sobre una figura que no correspondía a sus requerimientos"* [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 36-15-AN/20, 9 de junio de 2020, párr. 68].

5.14. Vista la distinción entre las figuras de cesación de funciones mencionadas en el párrafo precedente, corresponde puntualizar cuál es el beneficio económico que reciben los servidores cuando se desvinculan bajo una u otra forma.

5.15. Conforme al artículo 129 de la LOSEP, el beneficio por jubilación para los servidores que se

retiran del servicio público por haber cumplido los requisitos de la seguridad social consiste en un pago único de *“cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total”*. Es decir, el parámetro de tiempo relevante para calcular esta indemnización son todos los años trabajados en el servicio público. Así lo ha señalado esta Sala en otros casos:

(1/4) el conjunto normativo aplicable únicamente establece que para que proceda el beneficio jubilación deberá cumplirse los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social, que en el caso del actor se ha verificado su cumplimiento, y **se considerará cada año de servicio sin excepción del régimen al que perteneció con anterioridad al ingreso a la carrera administrativa.** (énfasis añadido)

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de julio de 2021, juicio 11804-2019-00008, párr. 3.5.

5.16. De ahí, los servidores que cesan del servicio público por supresión de partidas reciben una compensación calculada de la misma manera que el beneficio por jubilación del artículo 129 de la LOSEP; o, pueden recibir una calculada bajo la disposición general décima segunda de la LOSEP, cualquiera que sea mayor.

5.17. Fuera de esas compensaciones, la LOSEP y su reglamento no prevén otras que deban ser calculadas tomando en cuenta todos los años en el servicio público; y, en este caso, Eulalia Beatriz Álvarez Pazos afirmó que se acogió a los planes de *retiro voluntario*, mas no al *retiro por jubilación* o a los planes de *compra de renuncias* de manera que merezca una compensación que considere todos sus años en el servicio público, de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP o la disposición general primera de la LOSEP.

5.18. Es más, de la prueba aportada al proceso (fojas 8; 116-122), se advierte que la actora ni siquiera cumplía los requisitos para acogerse al retiro por jubilación como para reclamar una compensación

como la antedicha. Tenía 402 aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a la época en que presentó por escrito su voluntad de salir de la Universidad de Cuenca, pero no había llegado a los 60 años de edad, ni había cumplido 480 imposiciones, como lo exigía el artículo 185 de la Ley de Seguridad Social para la jubilación.

5.19. Si bien el artículo 285 del Reglamento General de Aplicación a la LOSEP establece en las disposiciones generales de las compensaciones económicas e indemnizaciones de la LOSEP que estas se calcularán tomando en cuenta *“los años laborados en el sector público”*, esto no se traduce necesariamente en que deben considerarse *“todos”* los años servicio para cualquier tipo de reconocimiento económico por cesación.

5.20. Este artículo no puede ser leído de manera aislada, sino en conjunto con otras normas como la disposición general décimo segunda de la LOSEP, el artículo 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales y el artículo 286 de su reglamento que claramente señalan que, para casos de renuncia voluntaria, el cálculo de la compensación se hace sólo tomando en cuenta los años trabajados en la misma institución, a partir del quinto año de servicio; y no, todos los años en el sector público.

5.21. En este sentido, también se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en la absolución de consulta No. 08277 del 11 de junio de 2021, donde estableció lo siguiente:

1. El cálculo de la compensación por renuncia voluntaria se debe efectuar a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución, conforme prescriben la Disposición General Segunda de la LOSEP, el artículo 286 del Reglamento a la LOSEP y los artículos 3 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales. Por tanto, no es procedente incluir en el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria todos los años laborados por el servidor cesante en el sector público.

5.20. Entonces, contrario a lo sostenido por la actora, la renuncia o retiro voluntario se compensa con un monto calculado tomando en cuenta exclusivamente los años de servicio en la misma institución. Dado no demostró que su caso se trataba una forma de cesación como el retiro por jubilación o

compra de renuncia, que -a diferencia del retiro voluntario- se compensan con un monto calculado considerando todos los años de servicio público, no procede su pretensión de reliquidación.

VI. Decisión

6.1. En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **acepta** el recurso de casación interpuesto por la Universidad de Cuenca, y por lo tanto decide **casar** la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca el 9 de diciembre de 2019, las 10h10.

6.2. Sobre los méritos del caso, se declara sin lugar la demanda por las consideraciones expuestas en el acápite V de esta sentencia. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 9 de marzo del 2022, las 09h29. **VISTOS:** Me aparto del criterio de mayoría y emito mi voto salvado, sustentado en el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, en los términos siguientes:

1.- La casacionista afirma que la sentencia que reprocha incurre en los vicios contenidos en las causales previstas en el artículo 3 de la Ley de Casación:

a) Causal primera por indebida aplicación de los artículos 425, segundo inciso, de la Constitución y 285 del Reglamento General de Aplicación a la Ley Orgánica de Servicio Público; así como, la falta de aplicación de los artículos 82 de la Constitución y 10 del Acuerdo Ministerial NRO-MRL-2011-00158; y,

b) Causal quinta, denunciando que decisiones contradictorias en la sentencia pues el Tribunal de instancia utilizó indistintamente los términos *“renuncia voluntaria”*, *“retiro por jubilación”* y *“compra de renunciaciones”*, cuando estas son tres formas distintas de cesación del servidor público respectivamente distinguidas en las letras i), j) y k) del artículo 47 de la LOSEP.

2.- Sobre la causal primera, es preciso señalar que la actora del juicio de instancia, se acogió a la modalidad prevista en la letra j) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, esto es, al modo de cesación *“Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización”*. No obstante, es preciso señalar, como establecen las normas jurídicas que a continuación se transcriben, también se refieren a la renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, sea para acogerse o no a los beneficios de jubilación, o, para acogerse voluntariamente a la planificación que genere el retiro voluntario a cambio de una indemnización.

Es característica de esta causal, ius iudicando jure, por referirse a potenciales infracciones de normas de derecho sustantivas, se entiende que las partes procesales han aceptado los hechos determinados

por el juzgador en función de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso; sobre las cuales no cabe duda. En la especie es de toda evidencia que la entidad casacionista pagó a la actora del juicio de instancia, la indemnización que le correspondía por su cesación definitiva en esa institución pública; de modo que, el conflicto se ha centrado en determinar únicamente si debía calcularse esa compensación, solo en función del tiempo servido en la entidad pública, o que su cálculo debió hacerse por todo el tiempo en que tuvo relación de servicio civil con el sector público. De ahí que, la sentenciase pronuncia específicamente sobre ello.

Bajo esta línea de pensamiento, es evidente que la pretensión efectiva que trae la fundamentación del recurso, denunciando la infracción, por esta causal, tiene como propósito que se revea la decisión de instancia, a fin de que se constate que, a juicio de la casacionista, no debía pagarse el complemento de la indemnización reclamada; hecho que implica necesariamente, la valoración de prueba; hecho proscrito en la causal.

Más allá de ello la modalidad a la que le corresponde el pago de una compensación económica está regulada por la Duodécima Disposición General de la LOSEP, que permitentemente dispone:

***“DECIMA SEGUNDA.-** Las servidoras y servidores que cesen en funciones por **renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada**, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución, percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley. Las servidoras y servidores que se retiren en cumplimiento de lo previsto en la disposición general primera, percibirán una sola compensación que será la correspondiente a la de mayor valor, entre las previstas en esta disposición y la establecida en el artículo 129 de esta ley y que se podrá pagar con bonos del Estado”.*

Por su parte, el Reglamento de Aplicación de la LOSEP; ordena:

***“Art. 285.-** Disposiciones para las compensaciones económicas e indemnizaciones.- Las UATH, dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidoras y servidores que podrán acogerse durante **el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP**, a fin de contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria para el efecto. Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la administración pública central e institucional, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP.*

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

En caso de que la servidora o servidor hubiesen recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renuncias y hubiere devuelto el valor de la misma, se tomarán en cuenta todos los años de servicios en el sector público, más si no hubiere procedido a hacerlo y ésta o éste reingresó legalmente a laborar en el sector público, sólo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reingreso.

Se exceptuarán de esta planificación los casos no previstos, siempre que se cuente con el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas° (negrillas fuera de texto)

Art. 286.- De la compensación por renuncia voluntaria.- *La compensación por renuncie voluntaria opera de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución. Una vez que fuere legalmente presentada y aceptada, de conformidad con la Disposición General Décima Segunda de prestados en la misma institución bajo cualquier modalidad de nombramiento, y hasta el año LOSEP, se hará efectiva a partir del inicio del quinto año de servicios en el cual sea presentada y aprobada la renuncia.*

El valor de la compensación se establecerá, tomando en cuenta el total de los años laborados por la o el servidor, y el monto establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales, previo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas, hasta un máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados en total. Este valor será pagadero en efectivo, de conformidad con la disponibilidad presupuestaria.

En todos los casos se observará si la o el servidor se encuentra en la edad y requisitos establecidos para la jubilación, caso en el cual, se acogerá únicamente a la compensación económica por jubilación voluntaria o por jubilación obligatoria establecida en la LOSEP, según sea la de mayor valor.

En caso de que la partida sea suprimida, a se compre su renuncia, únicamente se pagará la compensación o la indemnización de mayor valor.

Las o los servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a esta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo. (negrillas fuera de texto).

De las normas que han sido transcritas se desprende claramente que, el valor indemnizatorio que

corresponde satisfacer al servidor público que cesa en funciones por la modalidad ya indicada, debe ser calculando partiendo del inicio del quinto año de servicios en la institución, tomando en cuenta que el cálculo, incluye el tiempo laborado en todas las entidades del sector público; es decir que, el cálculo no debe restringirse solo al tiempo en que ha prestado servicios en la entidad en la que se ha producido la cesación definitiva de funciones.

Razón por la que, las disposiciones jurídicas que se denuncian como infringidas en esta causal, carecen de fundamento, por las estimaciones enunciadas; determinando que el recurso sea improcedente por este extremo.

3.- Respecto de la causal quinta, se denuncia que el fallo adolece del vicio d decisiones contradictorias en la sentencia pues el Tribunal de instancia utilizó indistintamente los términos *“renuncia voluntaria”*, *“retiro por jubilación”* y *“compra de renunciass”*, cuando estas son tres formas distintas de cesación del servidor público respectivamente distinguidas en las letras i), j) y k) del artículo 47 de la LOSEP.

Debe señalarse que las contradicciones alas que se refiere la causal, deben estar presentes en la parte resolutive de la decisión judicial que se ataca; yerro que solo puede estar presente cuando el juzgador ordena dos cuestiones; una aceptando algo y otra negando lo mismo; las que al enfrentarse, se auto eliminan, dando como resultado una decisión judicial inejecutable.

En el caso, no está presente la contradicción denunciada, puesto que la decisión del Tribunal Distrital no ha dispuesto lo mismo, negativa o positivamente, razón por la cual, no se ha demostrado la existencia de la causal, la cual por esta razón es improcedente.

4.- Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBRERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DELA REPUBLICA, se rechaza el recurso de casación en estudio y NO CASA la sentencia recurrida. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL



171390557-DFE

Juicio No. 01803-2018-00268 RESOLUCION N° 236-2022

JUEZ PONENTE: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, jueves 10 de marzo del

2022, las 10h41. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Fabián Racines Garrido fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** El 30 de junio de 2021 se resorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por Fabián Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación de conformidad a 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 18 de junio de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00268 deducido por el señor Edgar Arnulfo Palacios Duran, en contra de la Contraloría General del Estado, resolvió aceptar parcialmente la demanda propuesta y declarar la nulidad de la Resolución No. 4942-DR de 29 de enero de 2018, notificada el 06 de abril de 2018.

1.2.- El Director Provincial de Azuay de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose para el efecto en el caso segundo del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 01 de octubre de 2020 el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo

Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el recurso de casación por el caso segundo del artículo 268 del COGEP, por el yerro de falta motivación de la sentencia.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 24 de agosto de 2021 se convocó para el día martes 22 de febrero de 2022, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día fijado para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció de manera virtual el actor acompañado de su abogado defensor, así como los abogados de la entidad pública demandada y recurrente debidamente acreditados para el efecto. La defensa técnica de la Contraloría General del Estado fundamentó su recurso de casación en base a la causal admitida a trámite; de su parte, el actor por intermedio de su abogado patrocinador contestó el cargo acusado en el recurso. Luego de escuchar a las partes, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se rechazó el recurso de casación, 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 de esta fase impugnatoria.

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 18 de junio de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00268, ha incurrido en el yerro acusado por la entidad recurrente, esto es, con sustento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP se acusó la falta de motivación de la sentencia.

III.- ANÁLISIS

3.1.- El artículo 89 del COGEP establece que toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho, disposición procesal que es concordante con lo dispuesto en el numeral 7, literal 1) del artículo 76 de la Constitución de la República. De su parte, el numeral 4 del artículo 273 ibídem prescribe que el

Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.

Es así que, la entidad recurrente en el escrito contentivo del recurso de casación, así como en la aclaración respectiva, en lo pertinente ha señalado: *“ 1/4 de lo expresado por el Tribunal encontramos que el hecho de haber plasmado aquellas consideraciones, acompañadas de citas doctrinarias, no necesariamente implica la existencia de una debida motivación, conforme lo manda el texto constitucional y los parámetros exigidos por la Corte Constitucional, ya que, frente a la responsabilidad determinada por el Organismo de Control, esto es, el motivo mismo de la responsabilidad, la Contraloría General del Estado, sustenta, justifica y motiva su resolución, sin embargo el Tribunal considera indebida motivación a una omisión que en el fondo, no influye en la decisión administrativa, puesto que el documento con el que dice haberse presentado el recurso administrativo de reconsideración, no contiene los justificativos a las observaciones de Contraloría, respecto de las planillas que presentó y recibió la cancelación el accionante, sin haber justificado el trabajo efectivamente realizado; particular que jamás fue analizado por el Tribunal, sino que se limitó, frente a la existencia de aquella particularidad, a colegir una indebida motivación. En el ejercicio del derecho a la debida tutela judicial, el Tribunal debió ir más allá de un aspecto formal, que como lo reiteramos no incide en el fallo emitido por la Dirección de Responsabilidades; si existió una particularidad como la descrita, la Sala sin lugar a dudas debió verificar que el recurso de reconsideración cumpla con los presupuestos del Art. 53 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, esto es, que en la petición contenga los fundamentos de hecho y derecho, y de ser el caso se adjunten las pruebas que correspondan, particular que en la especie no ha sucedido; es más, si nos remitimos al acto de proposición que da origen a la presente causa, en el anuncio probatorio, letra p), se advierte la referencia de la comunicación de fecha 06 de septiembre de 2016, cuya parte final señala que con aquella se demostrará que si contestó a la orden de reintegro y que solicitó su reconsideración, no obstante no dice que con aquel recurso se justifica o se desvanece los cargos imputados en la predeterminación. (1/4) La sentencia que hoy es motivo de impugnación, evidentemente carece de este elemento trascendental (lógica) puesto que la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, para decidir que la Resolución No. 4942 de 29 de enero de 2018, se halla indebidamente motivada, expone que al no tomarse en consideración el pedido de reconsideración, no podía emitirse la resolución en la forma detallada, no obstante ningún análisis se formula sobre la procedencia administrativa del mismo”.*

3.2.- La acusación casacional que se sustenta en el caso segundo, y que motiva la presente impugnación, se configura cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o

en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. Se advierte entonces, que la causal invocada se encuentra conformada por tres formas de error: el primero, se refiere a la falta de requisitos exigidos por la ley; el segundo, cuando en la parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; el tercero, hace referencia al requisito de motivación; en tal virtud, el recurrente debe identificar de forma diáfana y precisa las circunstancias bajo las cuales se constituyó el vicio que atribuye al fallo, sin incurrir en imputaciones generales e imprecisas que se separen de la naturaleza extraordinaria que caracteriza al recurso de casación.

La motivación como garantía constitucional y presupuesto fundamental de las resoluciones judiciales se encuentra investida de una destacada relevancia puesto que contiene los elementos justificativos de contenido lógico, crítico y valorativo que dan forma y sustento a la decisión judicial. Según la enseñanza de SAVIGNY *“la sentencia es un todo único e inseparable; entre los fundamentos y lo dispositivos medida una relación tan estrecha que unos y otros no pueden ser nunca desmembrados sino se desea desnaturalizar la unida lógica y jurídica de la decisión”*. (SAVIGNY citado por Eduardo COUTURE, Fundamentos del derecho procesal civil, 5ta edición, Buenos Aires 2005, página 347).

3.3.- Con propósitos de identificar si en el caso se ha producido el vicio acusado, corresponde remitirse a la parte medular de la sentencia impugnada, para de esta manera identificar si en efecto, existe un contexto argumentativo equívoco, conforme la casacionista ha desglosado. Así en lo pertinente el Tribunal de instancia, ha sostenido que: *“Cabe indicar que de la revisión del proceso se determina que en fecha 10 de junio de 2016, se notifica a la parte ahora accionante con la responsabilidad civil- orden de reintegro; señalando que de estimarlo pertinente presente su reconsideración; en fecha 06 de septiembre de 2016; esto es, dentro del término previsto en el Art. 56, literal c) del Reglamento a la LOCGE; presenta su solicitud de reconsideración disposición que señala: c) En el caso de órdenes de reintegro, y conforme lo dispuesto en el artículo 53, numeral 2 de la Ley de la Contraloría y una vez notificada la orden de reintegro al implicado, éste tendrá el plazo improrrogable de 90 días para cumplir con la orden de reintegro o para pedir la reconsideración de dicha orden de reintegro. Sin embargo la Contraloría General del Estado señala en su resolución ahora impugnada que transcurrido el plazo legal; el ahora accionante no ha dado contestación a la observación formulada en su contra, así como tampoco ha presentado las pruebas de descargo que contradigan las observaciones encontradas por el equipo auditor, razón por la cual el presente juzgamiento en lo que a él respecta se dicta en rebeldía. Incurriendo en indebida motivación. La doctrina de los actos administrativos establece que los requisitos esenciales de dichos actos son: la competencia del órgano, el cumplimiento de los presupuestos de hecho previstos en la ley para que el*

acto pueda ser dictado, el objeto y contenido lícitos, la ausencia total del procedimiento administrativo previo, el acatamiento de los fines previstos en el ordenamiento jurídico y la motivación. La ausencia o incumplimiento de uno de ellos, de conformidad con las teorías de la nulidad, repercutiría en una nulidad absoluta radical o de pleno derecho del acto, lo que provocaría la inexistencia del mundo jurídico del mismo. El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador en el literal l) señala: *Las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivados. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (¼)* En el presente caso no se consideró el pedido de reconsideración planteado en el plazo previsto en la ley de la materia para emitir la resolución en los términos señalados. (¼) En el caso materia de análisis al no tomarse en consideración el pedido de reconsideración no podía emitirse la resolución en la forma detallada, lo que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica recogido en nuestra Constitución y en la mayoría de legislaciones. Lo que también está consagrado en el Art. 25 del Código Orgánico de la Función Judicial que expresa: *Las Juezas y Jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas°*.

3.4.- En la especie, se puede advertir que en el fallo recurrido se determina que el acto administrativo se encuentra viciado por una deficiente motivación, toda vez que en el mismo no se ha considerado los argumentos expuestos por el actor en su recurso de reconsideración oportunamente interpuesto; es así que, en la Resolución No. 4942 ± acto administrativo impugnado ± página 12, el órgano de control ha hecho constar lo siguiente: *“Por su parte, transcurrido el plazo legal, los señores: Luis Frans Navarrete Cañar, Fiscalizador Externo (responsable principal) Edgar Armulto Palacios Durán, Fiscalizador Externo y Carmen Patricia Bustos Lara, Jefe de Contabilidad (responsables subsidiarios) no han dado contestación a la observación formulada en su contra, así como tampoco han presentado las pruebas de descargo que contradigan las observaciones encontradas por el equipo auditor (¼) razón por la cual, el presente juzgamiento, en lo que a ellos respecta se dicta en rebeldía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 ibídem (actual artículo 20, inciso primero, del Reglamento de Responsabilidades publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 696 de 22 de febrero de 2016)°*.

Del control de legalidad que efectúa el Tribunal de instancia respecto al expediente de auditoría, así como del propio acto administrativo impugnado, logra advertir que en la Orden de Reintegro No. 309-DPR notificada al actor el 10 de junio de 2016, se le informa que se le concede el plazo improrrogable

de noventa días para que efectúe el reintegro, sin perjuicio de lo cual, en el mismo término pueda proponer la solicitud de reconsideración de conformidad con el artículo 53 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. El actor Edgar Palacios Durán, efectivamente el 07 de agosto de 2018, encontrándose dentro del plazo de noventa días establecidos para el efecto, propone reconsideración de la orden de reintegro determinada en su contra, solicitando que la misma se deje sin efecto.

No obstante de haberse presentado oportunamente el recurso de reconsideración, la Contraloría General del Estado no ha valorado un solo argumento propuesto por el auditado en dicho requerimiento, sino que más bien, de forma errónea y ajena a la verdad, ha afirmado que el actor no propuso recurso de reconsideración; tal circunstancia, de trascendental importancia para la formación de la voluntad administrativa, ha sido deliberadamente omitida por el órgano de control, lo que ha conllevado a que el Tribunal de instancia considere que existe una flagrante violación a la garantía de motivación consagrada en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República.

3.5.- Ahora bien, la entidad pública recurrente reconoce en su propio recurso de casación, que en la motivación de la Resolución No. 4942 ± acto administrativo impugnado, no se consideró la solicitud de reconsideración propuesta por el auditado, puesto que de acuerdo a su criterio, tal omisión se traduce en un mero formalismo, y que adicionalmente el Tribunal de instancia debió revisar que en dicha solicitud de reconsideración no se aportó con ningún elemento probatorio que pueda desvanecer la observación incoada, por lo que asume que la decisión no hubiese variado. Así mismo, la casacionista manifiesta que al haberse sustentando la sentencia en este único argumento, la misma no se encuentra motivada, toda vez, que se debió analizar todas los presupuestos de cargo que condujeron al órgano de control a confirmar la responsabilidad civil.

3.6.- Dentro de las garantías al debido proceso, el artículo 76 de la Constitución de la República señala que 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: *“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. (1/4) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”*.

El autor Ramón García Odgers manifiesta que: *“El derecho a la defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en*

cualquier procedimiento jurisdiccional. Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo°. (Sobre el Derecho a la Defensa, Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, Valencia, 08 de diciembre de 2010, página 17).

3.7.- En ese orden, es importante señalar que los fundamentos casacionales, tal como se encuentran planteados, sin lugar a dudas constituyen un desatino jurídico, a través de los cuales se pretender refrendar una violación palmaria al debido proceso, en especial del derecho a la defensa y a la garantía de motivación; en virtud de que, aun cuando los argumentos constantes en la solicitud de reconsideración sean insuficientes a criterio del órgano de control, dicha entidad estaba en la obligación constitucional de pronunciarse de manera oportuna sobre los mismos, incluso para rechazarlos, y no pretender como sugiere, que ese ejercicio propio de la potestad administrativa y elemento constitutivo para la formación de la voluntad administrativa se lo realice en sede judicial. En tal sentido, no se trata de un asunto meramente formal como indebidamente sostiene la Contraloría General del Estado, todo lo contrario, se trata de un asunto de fondo, de validez y legalidad de la resolución impugnada, que ha privado del derecho a la defensa al auditado, y como bien señala la sentencia impugnada, el acto administrativo contiene una flagrante falta de motivación.

3.8.- En la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha indicado que la motivación *“es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. Esta garantía es relevante toda vez que se relaciona con la correcta administración de justicia y busca evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas°.* (Corte IDH. Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, párrafo 268). De su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en reciente jurisprudencia sobre la garantía de motivación, ha puntualizado: *“26. Como se aprecia, esta disposición constitucional garantiza el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa de la siguiente manera: prescribe que una resolución del poder público será nula±es decir, la autoridad competente deberá invalidarla±±i en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho±En consecuencia, como ha establecido esta Corte, la garantía de la motivación específicamente busca asegurar, so pena de nulidad de la resolución de autoridad pública, que la motivación reúna ciertos ±elementos argumentativos mínimos± establecidos en esa misma disposición. Es decir, el artículo 76.7.l de la Constitución no garantiza que la motivación de toda decisión pública sea correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos ± esta es tarea del ordenamiento jurídico en su conjunto±, sino que la motivación sea suficiente, es*

decir, que satisfaga los referidos elementos mínimos con miras al ejercicio efectivo de los derechos al debido proceso y a la defensa°. (Sentencia No. 1158-17-EP/21 de fecha 20 de octubre de 2021 (Caso Garantía de la motivación), Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador).

3.9.- En virtud de las consideraciones expuestas, bajo los argumentos que constan esgrimidos en el fallo y que esta Sala de Casación comparte, se resolvió explícitamente sobre el objeto de la controversia, esto es, se conoció, examinó y se pronunció fáctica y jurídicamente sobre las circunstancias por las cuales se declaró la nulidad del acto administrativo impugnado ± transgresión a la garantía de motivación; en tal virtud, en el encadenamiento de la estructura considerativa y resolutive de la sentencia se advierte una relación clara y lógica entre sus exposiciones, argumentos y fundamentación legal con la decisión adoptada; es así que, la entidad recurrente en su recurso de casación no ha logrado demostrar con absoluto sustento que la sentencia impugnada incurra en la causal de casación invocada. El hecho de que la parte motiva de la sentencia no coincida con su criterio o no satisfaga los intereses procesales de la entidad pública, no es proposición suficiente para que el cargo previsto en el caso segundo pueda progresar, por lo que el mismo deviene en improcedente.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial de Azuay de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 18 de junio de 2019 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00268.- Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL



171497586-DFE

Juicio No. 09801-2013-0149 RESOLUCION N° 237-2022

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

AUTOR/A: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, viernes 11 de marzo
del 2022, las 10h03. **VISTOS.-** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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

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

c) Patricio Adolfo Secaira Durango, fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 113-P-CNJ-2021, de 18 de febrero del 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

d) Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 07 de mayo de 2021, constante a fojas 56 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido (Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Milton Enrique Velásquez Díaz, y Patricio Secaira Durango, así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se

considera:

I. ANTECEDENTES.-

1.1. Mediante sentencia de 16 de junio de 2017, las 11h53, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas, en lo medular resolvió: *“ (1/4) Por tanto, el sumario disciplinario fue instaurado y resuelto en observancia al principio de legalidad, sin que el ente nominador y sancionador, haya incurrido en ninguna de las causales de nulidad que prevé el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que sin tener que realizar otras consideraciones, este TRIBUNAL, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, rechaza la demanda presentada por el Dr. MIGUEL ANGEL GRANJA CHIRIBOGA, en contra del Consejo de la Judicatura y ratifica la legalidad del acto administrativo impugnado, sin costas ni honorarios que regular. (1/4)° .*

1.2. El accionante Miguel Ángel Granja Chiriboga, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 16 de junio de 2017, las 11h53, emitida por el Tribunal de instancia.

1.3. Mediante auto de 11 de junio de 2019, las 10h21, el Conjuez de esta Sala Especializada admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Miguel Ángel Granja Chiriboga, exclusivamente por las causales segunda (falta de aplicación de normas procesales contenidas en los artículos 21 y siguientes del Reglamento del Régimen Disciplinario del Ministerio Público), y tercera (falta de aplicación de los preceptos jurídicos a la valoración de la prueba) del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

2.1. La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del

Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

2.2. El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada 16 de junio de 2017, las 11h53 por el Tribunal de instancia ha incurrido en los yerros acusados por la recurrente y aceptados por el Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; esto es, los vicios contenidos en en las causales segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

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

razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. (Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia).

III. CAUSAL SEGUNDA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR FALTA DE APLICACIÓN LOS ARTÍCULOS 21 Y SIGUIENTES DEL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

3.1 En primer lugar, cabe recordar que la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, en la que se fundamenta este recurso, dispone que: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”*.

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

3.3 En este orden de ideas, para la procedencia de esta causal el recurrente debe identificar en su memorial: **i)** Si se denuncia la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de normas procesales; **ii)** Identificar cómo la violación escogida ha viciado el proceso judicial de nulidad insanable o ha provocado indefensión a las partes procesales; **iii)** Determinar cómo la violación ha influido en la decisión de los Jueces; y, **iv)** Finalmente demostrar que la nulidad no ha quedado convalidada.

3.4 Dos son los principios, que de manera principal, regulan la causal segunda de casación: a) 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; b) 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 una alegación genérica del perjuicio o su planteamiento abstracto, debiendo acreditarse en forma indubitante el perjuicio que la irregularidad procesal ha ocasionado, y su trascendencia dentro del proceso; pues las nulidades no existen en el mero interés de la ley, no siendo dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer meras formalidades, estos principios antes mencionados, se encuentran consagrados de manera general para los procesos e instancias judiciales, en los artículos 344, 346, 349, 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente, es importante destacar que, la causal segunda procede únicamente cuando el casacionista alegue violación de normas procesales en la sustanciación del proceso judicial; y, en tal virtud, dicha causal no puede aplicarse al procedimiento administrativo.

3.5 El recurrente para fundamentar este vicio, señala varias disposiciones legales, entre ellas, los artículos 21, 23, 25, 28, 34, 36, 50 y 52 del Reglamento del Régimen Disciplinario del Ministerio Público; así como, la Disposición Transitorio de Reglamento para El Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, para luego sostener: *“ ¼ En la sentencia emitida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en Guayaquil, el día miércoles 25 de noviembre de 2015, a las 8h11, dentro del juicio contencioso administrativo No. 09801-2013-0175, los jueces provinciales, al igual que los vocales del Consejo de la Judicatura de Transición, no aplicaron las normas procesales contempladas en la Disposición Transitoria del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, publicado en el Registro Oficial No. 567, de 31 de octubre de 2011, así como las contenidas en los Art. 21 y siguientes del Reglamento de Régimen Disciplinario de Ministerio Público (hoy, Fiscalía General del Estado), publicado en el Registro Oficial No. 164, de 6 de septiembre de 2007, cuya falta de aplicación ha provocado mi indefensión, ya que en primer lugar, no se inició sumario administrativo en mi contra conforme las reglas anteriormente descritas y por ende, no se me notificó con dicho acto administrativo especificando la infracción por la que debía defenderme, lo que acarrea la nulidad de todo lo actuado, en especial, la resolución de destitución emitida por el Pleno*

del Consejo de la Judicatura en Transición, el 10 de octubre de 2012, a las 21h45 y notificada el 8 de enero de 2013, dentro del Sumario Disciplinario No. DG-130-2011-EP, qué en sede administrativa se encuentra signado con el No. Mot-695-UCED-012-LL^{1/4}°; Luego de ello, el recurrente concluye: “^{1/4} el Consejo de la judicatura debía sustanciar la causa conforme a este reglamento y, en para resolver una destitución, debió iniciar el sumario administrativo respectivo, sea en base al Reglamento de Régimen Disciplinario del Ministerio Público, sea en base al Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, pero debía iniciarlo y notificarme con determinación clara y precisa de la infracción por la cual se me instruya aquel Sumario Administrativo lo cual no ha ocurrido en especie, lo que implica una violación de procedimiento por falta de aplicación de normas procesales que invalida lo practicado, a partir del 15 de noviembre de 2011, cuando en lugar de disponerse el archivo de la queja o iniciación del sumario administrativo, la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura hizo un @nix©de enunciados procesales, asumiendo de suyo que un expediente de queja es lo mismo que un sumario administrativo, lo que de vino en la violación de mi derecho a la defensa consagrado en el Art. 76, numeral 6 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador.”

3.6 De lo transcrito, esta Sala observa que el recurrente alega la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, sin embargo no realiza ejercicio argumentativo alguno referente a violaciones de normas procesales en que se haya incurrido en la tramitación del proceso judicial o en la expedición de la sentencia recurrida; en lugar de ello, la casacionista se ha limitado a señalar determinadas circunstancias y hechos sucedidos en la tramitación del expediente administrativo (Consejo de la Judicatura debía disponer el inicio del sumario administrativo, y no tomar como suyo el expediente llevado a cabo en la Fiscalía Provincial del Guayas), aspecto éste que no podía ni debía invocarse al amparo de la causal que sirvió de fundamento para el recurso, evidenciándose de esta manera que el recurso por esta causal no ha sido fundamentado, ni cumple con los requisitos exigidos para la procedencia del mismo, motivo por el cual se lo de desecha por este extremo el recurso planteado. Esta Sala debe insistir, que cuando se alega el vicio contenido en la causal segunda, el casacionista debe explicar, como el yerro acusado ha viciado el proceso judicial de nulidad insanable o ha provocado indefensión a las partes procesales, y no de las posibles nulidades que pueda haber existido en la instancia administrativa.

IV. CAUSAL TERCERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR FALTA DE APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

4.1. En relación a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la casacionista acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. En cuanto a este vicio, es necesario recordar que esta causal se refiere a la violación indirecta de la norma sustantiva, por medio del yerro en la valoración de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, consecuentemente a este Tribunal de Casación no le corresponde revisar los hechos que fueron analizados por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, sino que esta causal opera en función de que exista un error, consistente en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos que se aplican a la valoración de la prueba y que a la vez son determinantes para errar en la aplicación de normas de derecho en la sentencia. En el marco de la causal referida, el recurrente debe sustentar con absoluta claridad el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, toda vez que, en palabras del profesor Santiago Andrade Ubidia: *“ 1/4 nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro...”* (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Quito ± Ecuador, Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2005, pág.: 150)

4.2.- En palabras de Santiago Andrade Ubidia, sobre esta causal nos enseña: *“ 1) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio, ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar ” y siguientes. 3) Demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que*

regular la valoración, que han conducido al yerro alegado. **4) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada.** En los vicios de la sentencia previstos en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación existen dos clases de violaciones: Violación de las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, y violación de normas sustanciales o materiales, siendo las primeras el medio para que se produzca la violación de las segundas. **No basta entonces identificar la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido transgredida, sino que en forma concurrente o copulativa debe identificarse la norma sustancial o material que como efecto de la violación medio ha sido transgredida.**° (Santiago Andrade Ubidia, op. cit., pág.: 157, 158) (Énfasis agregado)

4.3.- En este orden de ideas, en reiterados fallos esta Corte ha establecido cuatro requisitos para que esta causal prospere: **a)** Identificar en forma precisa el medio de prueba que, a su juicio, ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o de intérpretes, determinados.); **b)** Señalar, así mismo con precisión, la norma procesal sobre la valoración de la prueba que ha sido violada; **c)** Demostrar con lógica jurídica en que forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y **d)** Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada por vía de consecuencia del yerro en la valoración probatoria. [Resolución No. 44-2013, juicio 767-2011, 25 de enero de 2013; resolución No. 568-99, juicio 109-98, 29 de diciembre de 1999; Resolución No. 178, juicio 116-99, 30 de noviembre de 1999].

4.4.- Remitiéndonos al análisis de las circunstancias de la causal invocada, se debe enfatizar que la procedencia de dicha causal radica en que los errores en la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, deben ser concretos, exactos, individualizados y sobre todo trascendentes en la decisión, pero si tal error no es significativo en la resolución o si las pruebas a las que se hace alusión son carentes de idoneidad de acuerdo a la naturaleza del caso, no procede el recurso de casación.

4.5.- En el caso *in examine* en función del memorial de casación, esta Sala analizará si se cumplen con los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han señalado para la procedencia del vicio alegado, conforme lo expuesto *ut supra*, a saber:

4.5.1. Respecto al primer requisito, señala los medios probatorios que no habrían sido valorados o valorados defectuosamente. La recurrente estima que los mismos son: **(i)** Resolución No. A-0513-UCD-012-PRS, de 21 de noviembre de 2012; **(ii)** Acciones de Personal remitidas por la Fiscalía Provincial del Guayas; **(iii)** Decretos Ejecutivos remitidos por la Secretaría de la Presidencia de la Republica del Ecuador; **(iv)** Dos declaraciones testimoniales solicitadas por el accionante; **(v)** Copias certificadas del juicio No. 34-2011 del Juzgado Multicompetente del Guayas con sede en el cantón Balzar; **(vi)** Informe de audiencias fallidas a causa de agentes fiscales; y, **(vii)** El informe de audiencias fallidas a causa de Defensores Públicos, pruebas testimoniales y documentales, que fueron aceptados por el Tribunal de instancia, y, que a decir del recurrente, no han sido valoradas en la sentencia recurrida, razón por la cual se cumple con este requisito de procedencia de la causal alegada.

4.5.2. Respecto del segundo requisito, la casacionista identifica varias normas procesales que regulan la valoración de la prueba, la cual, según el recurrente son los artículos 115, 117, y 119, sosteniendo, que su inaplicación ha provocado que el recurrente quede en indefensión. En este punto, la Sala debe precisar, que si bien el recurrente señala las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, no es menos cierto, que lo hace de forma genérica, al limitarse a señalar las normas sin argumentación que refleje cual de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba no han sido aplicados en la sentencia recurrida, lo que genera el incumplimiento de este requisito de procedencia, puesto que, en el recurso de casación no basta la mera enunciación de las causales, sino que indefectiblemente requiere del análisis del vicio en relación a la norma de derecho denunciada.

4.5.3. Sobre el tercer requisito, el recurrente identifica como norma sustancial indirectamente infringida, por el vicio de indebida aplicación de del numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin realizar la vinculación lógico-jurídica entre la violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba y la norma sustantiva, pues en la fundamentación del recurso de casación, el recurrente se ha limitado a manifestar que ha sido indebidamente aplicada la norma citada en líneas anteriores, por cuanto, no se ha demostrado dentro del sumario administrativo o en el proceso contencioso administrativo que el accionante haya actuado con manifiesta negligencia, con lo cual se incumple con este

requisito de procedencia.

4.5.4. En relación al cuarto requisito, sobre el análisis de los medios probatorios, y el nexo de la norma procesal que lo regula, esta Sala determina que la casacionista no llega a establecer una vinculación entre el medio probatorio y las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, toda vez que la recurrente por un lado expresa que el Tribunal de instancia no a efectuado un análisis de la prueba bajo los parámetros de la sana critica, y, por otro lado, señala que el Tribunal *a quo* no ha valorado la prueba en su conjunto, sin llegar a establecer que pruebas han sido supuestamente no valoradas, y que pruebas aparentemente no han sido valoradas bajo los parámetros de la sana critica. En consecuencia, de la fundamentación esgrimida por el recurrente, no se logra evidenciar el nexo entre los medios de prueba y las normas procesales alegadas como infringidas, con dicha argumentación se concluye que no cumple con este requisito de procedencia.

4.6.- Conforme el análisis efectuado en el apartado anterior **(4.5)**, esta Sala determina que: **a)** la entidad recurrente de forma general indica los medios probatorios que no habrían sido considerados por el Tribunal *a quo*; **b)** identifica de forma genérica las normas procesales sin expresar el vicio ocurrido sobre la valoración de la prueba; **c)** no llega a demostrar la vinculación lógico-jurídica entre la violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba y la norma sustantiva indirectamente infringida; y, **d)** el recurrente no establece una vinculación entre el medio probatorio y las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, pues lo que se revela de dicha argumentación es su inconformidad con la sentencia recurrida, aspectos estos que conducen a la improcedencia del vicio acusado. En tal virtud, esta Sala concluye que no se cumplen con todos los presupuestos necesarios para que prospere la causal tercera del artículo 3 de la Ley de casación, invocada por el accionante.

DECISIÓN

En razón de todo lo indicado y sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal de Casación **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el señor Miguel Ángel Granja Chiriboga; y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia dictada el 16 de junio de 2017, las 11h53, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del

Guayas dentro del juicio No. 09801-2013-0149.- Sin costas, ni honorarios.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL



171685513-DFE

Juicio No. 13802-2017-00131

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 14 de marzo del 2022, las 16h10. **VISTOS:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 13802-2017-00131:

I. Conformación y competencia de la Sala

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

1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
2. La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante Resolución No. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,
3. Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113- P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

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

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 24 de junio de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton

Velásquez Díaz (ponente), Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango.

II. Antecedentes

2.1 El 27 de marzo de 2017 la compañía JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA. (JVSEIMEC) presentó una acción contencioso-administrativa en contra de EP PETROECUADOR y la Procuraduría General del Estado para que se declare (i) la resolución del contrato No. 2012041 por incumplimiento de las obligaciones contractuales de EP PETROECUADOR (PETROECUADOR) por más de 60 días; (ii) la ilegalidad de las multas impuestas por un total de USD 9@76.228,00; (iii) se ordene el pago de USD 1@84.293,11 más los intereses legales y de mora, y las costas procesales por concepto de daños y perjuicios; y, finalmente (iv) para el cálculo de los valores totales, se ordene la práctica de una liquidación en la que se incluya el reajuste de precios.

2.2 Mediante sentencia de 27 de noviembre de 2018, las 12h07, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo aceptó parcialmente la demanda y declaró: a. la resolución del contrato No. 2012041, por incumplimiento de la entidad contratante de las obligaciones contractuales por más de 60 días; b. la ilegalidad de las multas impuestas por EP PETROECUADOR; b. sin lugar el pago de daños y perjuicios, por cuanto estos no fueron probados; c. que EP PETROECUADOR pague los valores pendientes en las planillas 32 a 41, más los respectivos intereses; y, d. la responsabilidad de los funcionarios de EP PETROECUADOR que emitieron los informes favorables para que proceda la cesión de derechos del contrato 2012041.

2.3 Contra esta decisión, la Procuraduría General del Estado, PETROECUADOR y JVSEIMEC interpusieron recurso de casación los días 25 de noviembre de 2019, 5 de diciembre de 2019 y 2 de enero de 2020, en su orden. Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 23 de junio de 2020, el conuez nacional Javier Cordero López admitió los recursos propuestos por la Procuraduría General del Estado y JVSEIMEC. El primero, por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, y el segundo, por la causal tercera *ibídem*.

2.4 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP se celebró audiencia de fundamentación del recurso, de manera telemática, el 20 de enero de 2022, a las 16h00; no obstante, esta fue suspendida por la complejidad del caso. La reanudación de la audiencia se llevó a cabo el 17 de febrero de 2022, en la cual por mayoría se resolvió aceptar los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y JVSEIMEC, y emitir en su lugar sentencia de méritos. En virtud de lo dispuesto en el artículo 93 *ibídem*, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación:

III. Validez procesal

3.1 No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación

alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

IV. Análisis del recurso

a. JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA.

Análisis de la causal tercera del artículo 268 del COGEP, por cuanto se omitió resolver sobre los puntos de la controversia.

4.1 JVSEIMEC alegó que en la sentencia se omitió resolver sobre la pretensión de reajuste de precios planteada en la demanda, y con ello, se infringió el artículo 92 del COGEP, que dispone: ^a *Congruencia de las sentencias (¼) Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso*^o. Así mismo, que se inaplicó el artículo 82 de la LOSNCP.

4.2 La incongruencia, según la causal tercera del artículo 268 del COGEP, es un error *in procedendo*, que puede ocurrir en tres situaciones: i. cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); ii. cuando se otorga algo diferente a lo solicitado (*extra petita*); y, iii. cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

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

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

4.5 En el presente caso, el recurrente ha optado por el vicio *citra petita*, que según el tratadista Jorge Cardozo, acaece cuando ^a *se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones*^o [Jorge Cardoso, Manual Práctico de Casación Civil (Bogotá: Temis, 1984) 84]. En tal medida, esta Sala procede a examinar el contenido de la demanda propuesta por JVSEIMEC y la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, en orden de establecer si en la especie se ha incurrido en el vicio acusado.

4.6 Del acto de proposición, se advierte que JVSEIMEC solicitó que ^a *se ordene que se practique una*

liquidación por medio de un perito, en la que se incluya el reajuste de precios contemplado en la cláusula 11va del contrato 2012041° [acápite VI. inciso 6 de la demanda]. Sin embargo, de la revisión de la sentencia recurrida, no se observa que el tribunal *a quo* haya negado o aceptado el reajuste de precios, por cualesquiera consideraciones [acápite TERCERO y parte resolutive de la sentencia].

4.7 Lo previamente aducido permite constatar que, en efecto, el tribunal de instancia omitió pronunciarse sobre una de las pretensiones de la parte accionante. En consecuencia, se configura el yerro invocado por JVSEIMEC.

4.8 No obstante lo anterior, el cargo relativo a la presunta falta de aplicación del artículo 82 de la LOSNCP, que en esencia regula qué contratos y qué tipo de pagos se sujetarán al reajuste de precios, no resulta procedente que sea atendido por medio de esta causal debido a que en su argumentación el recurrente pretende demostrar que era procedente el reajuste de precios, lo que excede la verificación de la congruencia en la decisión.

b. Procuraduría General del Estado

Análisis de la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.9 La violación directa de la ley por errónea interpretación ocurre ^a *cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene o restringiendo el que realmente ostenta; que es contrario al espíritu de la ley*^o [CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 16 de mayo del 2011, Juicio No. 476-2010-MAS]; o le ha dado un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del legislador [Manuel Tama Viteri, *El recurso de casación en la jurisprudencia nacional* (Guayaquil: Edilex, 2010), p. 151].

4.10 En otras palabras, el juzgador selecciona correctamente la norma que se subsume a los hechos materia de la *litis*, pero comete un yerro al interpretar la disposición, atribuyéndole un sentido y alcance, ya restrictivo o extensivo, que no tiene; incurriendo de esta forma, en la violación directa de la ley.

4.11 De otro lado, esta Sala ya ha indicado que cuando se alega la errónea interpretación, corresponde al casacionista explicar en su fundamentación: i. cuál es la norma sustantiva infringida; ii. si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; iii. cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial; iv. explicar el método de interpretación utilizado en la decisión judicial; v. determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde, por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; vi. para luego establecer cuál es la interpretación que debió darse a la norma, cuál es el método de interpretación o la correcta aplicación de sus reglas, a fin de concluir con el razonamiento lógico-jurídico que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción. Ello no obsta, por supuesto, a que el tribunal de casación infiera algunos de estos requisitos

de la fundamentación del recurso; pues de otra forma, la revisión de estos se convertiría en una tarea en demasía formalista.

4.12 Ahora bien, la norma acusada como erróneamente interpretada, se encuentra prevista en el artículo 78 de la LOSNCP, y dispone: *“Cesión de los Contratos.-El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”*.

4.13 En relación con esta regla y su interpretación, la entidad pública manifestó:

4.13.1 Que, a pesar de que los juzgadores estimaron que el artículo 78 de la LOSNCP prevé una prohibición expresa, afirmaron que *“las autoridades de PETROECUADOR consintieron en la cesión del contrato realizado”* y que *“en aceptación de la cesión del contrato, continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC”*. Es decir, establecieron que el consentimiento de PETROECUADOR habría dejado sin efecto la prohibición establecida en la ley.

4.13.2 Que, la sentencia le otorgó a dicha norma un alcance y sentido contrario a su espíritu, *“pues por el hecho de que las autoridades de PETROECUADOR hayan consentido en la cesión del contrato, ello no implica que esto no se haya encontrado expresamente prohibido por la ley”*; siendo de relevancia señalar que los actos que prohíbe la ley no pueden ser convalidados.

4.13.3 Que, la correcta interpretación de la norma debe realizarse en cuanto a su tenor literal, es decir, la expresa prohibición de ceder el contrato público. Sin embargo, para dotarle de un sentido adecuado, y de modo que la proposición jurídica se halle completa, invocó además los artículos 9, 10, 1478, 1480, 1485 y 1699 del Código Civil, en virtud de los cuales, acaecería la nulidad por la prohibición legal; consecuencia que no podía ser convalidada por el juzgador.

4.14 De lo anterior, se observa que la entidad recurrente cumple con señalar la disposición sustantiva infringida, argumentando sobre la pertinencia al caso concreto, puntualizando claramente cuál ha sido la interpretación dada por el tribunal de origen, dando cuenta de las razones de su incorrección, y finalmente, cual es, a su criterio, la hermenéutica correcta de tal disposición. En suma, recoge los requisitos del párr. 4.11 *ut supra*.

4.15 Por su parte, en cuanto a la norma acusada, el fallo recurrido afirmó que:

“el art. 78 de la [LOSNCP], prohíbe expresamente al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”, pero que “a pesar de la prohibición antes referida, las autoridades de turno de EP PETROECUADOR, consintieron en la cesión del contrato realizada entre TLV ENGINNERING S.A. y JVSEIMEC” y, “en aceptación de la cesión del contrato, continu[ó] realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC” [considerando tercero, específicamente los puntos 8, 9 y 10, f].

3247].

4.16 De acuerdo con estas consideraciones, corresponde a esta Sala examinar la inteligencia del artículo 78 de la LOSNCP. Para ello, se realizará primero una mención conceptual de las normas. Las normas, en general, son proposiciones que expresan un deber ser con relación a conductas o comportamientos [Hernán Salgado, *Introducción al derecho: un esbozo de teoría general del Derecho* (Quito: CEP, 2014) 47]. No obstante, no toda norma tiene el mismo alcance en cuanto a su finalidad y modo de obligar, ya que su mandato puede ir dirigido en diversos sentidos [Jan Sieckmann, *Filosofía y teoría del Derecho* (México: UNAM, 2015, 907]. En cuanto a las normas prohibitivas, estas niegan o impiden ejecutar determinada acción u omisión, de suerte que, sus mandatos o abstenciones han de cumplirse inexorablemente.

4.17 Con estos antecedentes, corresponde determinar, (i) si el artículo 78 de la LOSNCP regula, en efecto, una norma imperativa-prohibitiva, y siendo esto cierto, precisar (ii) si cabía su inaplicación, en virtud de alguna excepción.

4.18 El artículo 78 de la LOSNCP establece que *“el contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”*^a. Por lo tanto, es innegable que nos encontramos ante una prohibición expresa de hacer.

4.19 No obstante, habrá ocasiones en que una prohibición, resulte inaplicable, ya por coexistir en el ordenamiento jurídico dos normas en contradicción, ya por haberse regulado una excepción a la prohibición. En primer lugar, no existe en el ordenamiento jurídico norma alguna que disponga que la cesión del contrato público se encuentra permitida bajo las regulaciones de la LOSNCP o, al menos, alguna que contenga dicha permisón respecto del contrato en específico. En segundo lugar, la LOSNCP tampoco contiene excepción alguna a la prohibición o requisitos de procedencia para la cesión del contrato.

4.20 Pues bien, dadas estas circunstancias, el supuesto bajo el cual el tribunal *a quo* interpretó permitida la cesión de derechos y obligaciones fue la existencia de consentimiento o autorización previa otorgada por PETROECUADOR y la realización de pagos y demás actos contractuales con JVSEIMEC. No obstante, si analizamos la norma citada desde una interpretación literal, todas las cesiones de contratos públicos sujetos a la LOSNCP se encuentran expresamente prohibidas; y de otro lado, desde una interpretación sistemática, el consentimiento, autorización, ejecución material o pago efectivamente realizado no se configuran como requisitos de procedencia de la cesión del contrato, como tampoco resultan ser excepciones.

4.21 En tal punto, es evidente que los juzgadores le han concedido al artículo 78 de la LOSNCP un sentido y alcance diferente al otorgado por el legislador. No es aceptable la interpretación de un precepto legal en el sentido realizado por el tribunal de origen, que traiga como conclusión que los funcionarios y servidores

públicos puedan autorizar la realización de actos prohibidos por nuestra legislación, aspecto también contrario al principio de vinculación positiva ordenamiento jurídico establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República.

4.22 Por todo lo expuesto, dada la procedencia de los recursos de casación interpuestos por JVSEIMEC y la Procuraduría General del Estado, en virtud de lo previsto en el artículo 273.3 del COGEP, se casa la resolución y se emite en su lugar la sentencia de méritos bajo las siguientes consideraciones:

V. Sentencia de méritos

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

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

(¼) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos. [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27].

a. Demanda

5.3 JVSEIMEC pretende que se declare (i) la resolución del contrato No. 2012041 por incumplimiento de las obligaciones contractuales de EP PETROECUADOR (°PETROECUADOR) por más de 60 días; (ii) la ilegalidad de las multas impuestas por un total de USD 9@76.228,00; (iii.) se ordene el pago de USD 1@84.293,11 más los intereses legales y de mora, y las costas procesales por concepto de daños y perjuicios; y, finalmente (iv) para el cálculo de los valores totales, se ordene la práctica de una liquidación en la que se incluya el reajuste de precios.

5.4 El fundamento de derecho de su demanda, lo desarrolló de la siguiente forma:

5.4.1 (1) **Incumplimiento del contrato No. 2012041 por parte de PETROECUADOR.** El demandante alegó que, PETROECUADOR incumplió de manera sistemática el contrato, al punto que al 28 de febrero de 2017 adeuda la suma de USD 1@77.600,00 correspondiente a los trabajos efectivamente ejecutados por JVSEIMEC. El accionante invocó los artículos 1505, 1561 y 1568 del Código Civil, los artículos 95.3 y 4 y 96.1 de la

LOSNCP, así como la cláusula 19va del contrato en mención.

5.4.2 (2) **Inexistencia de causal para declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato.** Sobre esto, precisó que el Oficio No. 05365-CCI-OSC-2017 de 24 de febrero de 2017, se sustenta en el informe del administrador; documento que fue impugnado, especialmente por las siguientes consideraciones: 1. El plazo del contrato vencía el 16 de noviembre de 2017, faltando 8 meses para su conclusión. 2. Restaba por ejecutar únicamente el 5,32%. 3. La garantía de buen uso del anticipo no se encontraba vigente, pues este fue amortizado en su totalidad. Así mismo que, a la fecha de la presentación de la demanda, se debían 11 planillas.

5.4.3 De igual manera, que los órganos competentes de PETROECUADOR permitieron, viabilizaron y estuvieron de acuerdo con la cesión de los derechos y obligaciones del contrato. El oficio No. 16909-RGER-2013 de 22 de mayo de 2013, es un acto administrativo que gozó de las presunciones de legitimidad y de ejecutoriedad. En tal sentido, señala que *“en el supuesto no admitido que la autorización conferida por la Gerencia de Refinación para la cesión del contrato adoleciera de ilegalidad u otro vicio, ello no podía ser calificado por la entidad que confirió tal autorización, porque ello afectaría el principio de buena fe y seguridad jurídica”*. De esta manera, en virtud de la doctrina de los actos propios, los órganos de la institución que emitió la autorización no estarían habilitados para alegar que esta se ejecutó contra ley o cláusula contractual, porque dicha autorización fue aprobada por la Gerencia de Refinación previa emisión de ciertos informes favorables.

5.4.4 En razón de lo anterior, JVSEIMEC no podría ser perjudicada en el supuesto no consentido de que la autorización hubiese vulnerado alguna norma legal o una cláusula contractual. Los únicos responsables serían los funcionarios que viabilizaron y autorizaron la cesión. Seguidamente, indicó que no es aplicable el artículo 64 de la LOSNCP puesto que JVSEIMEC no celebró el contrato. Por lo que no se configuró dicha causal de terminación. Y que, si bien según el artículo 78 de la LOSNCP, TLV ENGINEERING S.A. se encontraba imposibilitada de ceder los derechos y obligaciones del contrato; esta prohibición fue levantada por la propia entidad contratante, por razones de interés público. De acuerdo con esto, la cesión del contrato no constituye causal para su terminación.

5.4.5 De ahí, la parte demandante se refiere a las multas impuestas por PETROECUADOR, y su presunta ilegalidad. Respecto la primera, que la empresa pública aplicó una causal inexistente, pues no hubo suspensión de los trabajos por decisión del contratista por más de 60 días. En cuanto la segunda, lo propio, es decir, que no hubo retraso en la ejecución del trabajo. En tal sentido, no hubo causales para la terminación unilateral del contrato.

5.4.6 (3) **El informe de la CGE no recomendó la terminación unilateral y anticipada del contrato, ni la imposición de otras multas a parte de las ya cobradas.**

b. Contestación a la demanda

5.5 En relación con la pretensión de la demanda, PETROECUADOR realizó las siguientes consideraciones:

5.5.1 TLV ENGINEERING celebró una cesión del contrato público a favor de JVSEIMEC inobservando y contraviniendo lo estipulado por las partes en este. La cesión del contrato, por tanto, carece de legalidad en todos sus aspectos y no posee validez jurídica alguna. Por lo que, la compañía actora no puede solicitar la resolución de un contrato del cual no es parte, en virtud de que la cesión de derechos realizada a su favor, es nula y así debe ser declarada en sentencia.

5.5.2 Respecto los daños y perjuicios, señaló que la indemnización solicitada no guarda relación con los hechos y argumentos expuestos en la misma; no existe conexión lógica, por lo que no se puede establecer con precisión qué se demanda.

5.5.3 Por último, plantea como excepciones previas la incompetencia del juzgador, la falta de legitimación en la causa, negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho y falta de derecho del demandado y, en consecuencia, la improcedencia de la acción.

c. Consideraciones de la Sala

5.6 Respecto la fundamentación de las excepciones previas, esta Sala hará uso de la figura conocida como motivación por relación o *per relationem*, como una forma de razonamiento judicial, misma que ha sido expresamente atendida y reconocida por la Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia No. 1898-12-EP de 4 de diciembre del 2019. Caso No. 1898-12-EP, párr. 29]. En tal marco, esta Sala encuentra adecuada y concuerda con la fundamentación realizada por el tribunal de instancia respecto de las excepciones previas.

5.7 El objeto de la controversia se delimitó de la siguiente forma: *“Establecer la procedencia o no de la resolución del contrato No. 2012041 celebrado el 30 de octubre de 2012 entre la EP PETROECUADOR y la compañía TLV ENGINEERING S.A. contrato respecto del cual JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA. asumió todos los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato; así mismo, se establezca la procedencia o no de las multas establecidas por parte de PETROECUADOR en contra de JVSEIMEC CÍA. LTDA.; así como analizar la procedencia de la petición de daños y perjuicios”*.

5.8 Para el examen de la prueba relevante para resolver, también se hará uso de la motivación *per relationem*, considerando lo desarrollado en el acápite TERCERO, desde el punto 3.1 hasta el 3.29 de la sentencia subida en grado.

1. Control de juridicidad como atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa.

5.9 La competencia revisora de la legalidad atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su formulación más típica, solo después de que la Administración haya dictado la norma o el acto contra el que se dirige la actuación (presupuesto o exigencia identificada como la necesidad de acto previo) y su concepción como un proceso impugnatorio, en el que se combate la legalidad de esa norma o actuación, ha determinado la tradicional denominación de aquel proceso como ^arecurso^o y la afirmación de su carácter revisor de la legalidad de la actuación administrativa^o [Segundo Menéndez Pérez, *Derecho Procesal*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020), 9].

5.10 No obstante que la noción de ^arecurso^o en esta materia ya ha sido superada, considerándose al contencioso administrativo como un verdadero proceso contradictorio, permanece como atribución de esta jurisdicción el control de legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas. De suerte que, dicho control, consiste en la facultad de **anular decisiones de la Administración por ser contrarias a derecho**, las de reparar los efectos de su actividad como Administración, y además la de condenar y obligar a la Administración Pública a realizar las prestaciones que la Ley le impone, o cesar actividades materiales que carecen de apoyo legal [Luis Cosculluela, *Manual de Derecho Administrativo* (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2020), Págs. 537-538], así como, **revisar cualesquiera cuestiones de legalidad para buscar la anulación** (como pretensión procesal) **bien contra una disposición, o bien contra acto** [Santiago González-Varas, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III* (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2012), Págs. 386-387].

5.11 Es así, que siendo un órgano judicial de revisión de la juridicidad de un acto público cuya ilegalidad ha sido expresamente pretendida en la demanda, la jurisdicción contencioso-administrativa no se encuentra limitada por los motivos o alegaciones realizados por los sujetos procesales. Como ha señalado autorizada doctrina en la materia: En realidad, lo que vincula al órgano jurisdiccional son las pretensiones, no las alegaciones o los motivos. Los argumentos jurídicos que pueden ser fundamento de la estimación o desestimación de la pretensión pueden ser incorporados al proceso por las partes y por el órgano jurisdiccional [Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa Tomo I* (Cizur Menor: Aranzadi, 2008), 881]

5.12 Esta atribución de control de legalidad, conferida histórica y modernamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, dada su especial y específica finalidad respecto de las actuaciones de la Administración, ha sido expresamente reconocida por nuestro legislador. Así, en el artículo 300 del COGEP se prevé: *^aLas jurisdicciones^{1/4}contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector publico sujetos al^{1/4}derecho administrativo^o.*

5.13 Del mismo modo, el artículo 313 *ibídem*, que regula el contenido de la sentencia, dispone que:

^a Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos^o.

5.14 Es decir, además de lo que sobre el objeto de la litis se resuelva, los jueces de los tribunales contencioso-administrativo podrán además **revisar**, en sentencia, aquellas irregularidades -control de juridicidad- **vinculadas con los puntos trabados**, que resulten de los antecedentes y/o fundamentos de las actuaciones **impugnadas**; abarcando un control, si se quiere, amplio, que permite incluso **suplir las omisiones de las partes sobre puntos de derecho**. Este criterio ha sido reiterado por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro de los juicios 01803-2019-00258, 17811-2013-0648, entre otros.

5.15 En tal contexto, esta Sala estima procedente, en virtud de los artículos 300 y 313 del COGEP, y en cumplimiento de su deber revisor de la legalidad, examinar la juridicidad de la autorización que el ente administrativo confirió para la suscripción del contrato de cesión realizado entre TLV ENGINEERING y JVSEIMAC, mediante Oficio No. 160909 de 22 de mayo de 2013, suscrito por el Gerente de Refinación Carlos Pareja Yannuzzelli. Ello, por las siguientes consideraciones.

5.16 El objeto de la controversia se delimitó de la siguiente manera:

*^a Establecer la procedencia o no de **la resolución del contrato** No. 2012041 celebrado el 30 de octubre de 2012 entre la EP PETROECUADOR y la compañía TLV ENGINEERING S.A. contrato respecto del cual JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA. asumió todos los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato; así mismo, se establezca **la procedencia o no de las multas** establecidas por parte de PETROECUADOR en contra de JVSEIMEC CÍA. LTDA.; así como analizar la **procedencia de la petición de daños y perjuicios**^o [acápite 2.4 de la sentencia impugnada].*

5.17 Bajo dicho escenario, se advierten tres puntos objeto de la controversia: i. la resolución del contrato, ii. la ilegalidad de las multas y iii. los daños y perjuicios. En cuanto al primero, y como se advierte del mismo objeto de la controversia, uno de los antecedentes de la resolución del contrato, es precisamente la cesión de derechos y obligaciones del contrato público, que ocurrió como consecuencia de la autorización emitida por el Gerente de Refinación. Así mismo, la ilegalidad de las multas impuestas a JVSEIMEC, tienen como antecedente la cesión del contrato público y su previa autorización, pues únicamente en virtud de esta, habrían adquirido las obligaciones que permitirían la imposición de multas.

5.18 En tales circunstancias, resulta evidente que el acto sobre el cual se pretende la revisión de legalidad es un antecedente de las actuaciones impugnadas, y se encuentra vinculado con los puntos sobre el cumplimiento del

contrato público y la ilegalidad de las multas impuestas en contra de la demandante. Por lo tanto, procede su análisis.

5.19 Además de ello, tanto en la demanda, como en la contestación a la misma, las partes han realizado consideraciones expresas respecto de la cesión de los derechos y obligaciones del contrato público y por su puesto, de la autorización, lo que ratifica la legitimidad de la revisión del acto.

5.20 En este sentido, la parte accionante mencionó: *“JVSEIMEC no podría ser perjudicada en el supuesto no consentido de que la autorización hubiese vulnerado alguna norma legal o una cláusula contractual”*; *“El oficio No. 16909-RGER-2013 de 22 de mayo de 2013, es un acto administrativo que gozó de las presunciones de legitimidad y de ejecutoriedad”*; *“en el supuesto no admitido que la autorización conferida por la Gerencia de Refinación para la cesión del contrato adoleciera de ilegalidad u otro vicio, ello no podía ser calificado por la entidad que confirió tal autorización*. Por su parte, la entidad demandada alegó: *“TLV ENGINEERING celebró una cesión del contrato a favor de JVSEIMEC inobservando y contraviniendo lo estipulado por las partes en este. La cesión del contrato, por tanto, carece de legalidad en todos sus aspectos y no posee validez jurídica alguna”*.

2. Control de legalidad del acto contenido en el Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, emitido por el Gerente de Refinación de PETROECUADOR.

5.21 La competencia, en general, es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo; es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que **un órgano puede y debe ejercer legítimamente**. Siendo relevante señalar que, en derecho público, la competencia es la excepción y la incompetencia la regla [Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Hispania Libros, 2009) 345].

5.22 En la misma línea, enseña Balbín, que las competencias deben surgir de un mandato positivo de la Constitución y/o la ley en términos expresos o razonablemente implícitos [Carlos Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2015) 45]. Sobre esto último, naturalmente las normas jurídicas no pueden regular expresamente todas las competencias de sus órganos que resulten necesarias para el cumplimiento de sus fines; por lo que se hacen necesarios otros criterios de reconocimiento de competencias [Carlos Balbín *Tratado de derecho administrativo Tomo II*, (Buenos Aires: La Ley, 2015), 29].

5.23 Por tal razón, a decir de Comadira *“los criterios vigentes se pueden reconducir, en lo sustancial, a los siguientes: el principio de especialidad proyectado desde el Derecho Privado y el que en doctrina se ha dado en llamar postulado de permisión amplia, de acuerdo con el cual la competencia resulta no sólo de los poderes expresos conferidos por la norma, sino, también, de los que pueden derivarse de ella como razonablemente implícitos en aquellos”*. [Julio Rodolfo Comadira, *“Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes del Estado” en AA.VV., Organización Administrativa, función pública y dominio público*

(Buenos Aires: RAP, 2005), 35].

5.24 En relación con lo anterior, el Código Orgánico Administrativo (^aCOA^o) precisa: *“[las] competencias nacen de la ley y las ejercen los servidores públicos”* [COA, art. 49] y que *“la competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”* [COA, art. 65]. De las competencias implícitas se ocupa el artículo 67 del mismo cuerpo normativo, que dispone: *“El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones”*.

5.25 En cuanto a la competencia en razón de la materia, la doctrina ha dicho con acierto que esta *“se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos”* [Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013) 312]

5.26 El acto administrativo contenido en el Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, emitido por el Gerente de Refinación [fj. 18 del proceso] **autorizó** a *“TLV ENGINEERING S.A. para que ceda la totalidad de los derechos y obligaciones bajo el contrato de [gerenciamiento de trampas de vapor], a favor de la compañía ecuatoriana JVSEIMEC”* con fundamento en los criterios favorables emitidos por el Administrador del Contrato No. 2012041, el Superintendente de Refinería Esmeraldas y el Coordinador de Asesorías y Contratos de la Gerencia de Refinación, ante la expresa solicitud realizada por TLV ENGINEERING.

5.27 Bajo tal supuesto, corresponde examinar si la Gerencia de Refinación tenía, al momento de la emisión del acto administrativo, la competencia material para autorizar la cesión de derechos y obligaciones del contrato público.

5.28 Es de resaltar, en primer punto, que el contrato público firmado por TLV ENGINEERING y PETROECUADOR contenía en su cláusula decimosegunda la siguiente prohibición: *“12.1 La Contratista no podrá ceder, asignar o transferir en forma alguna ni todo ni parte de este Contrato”* [fj. 9]. Por lo que, la cesión del mismo no se encontraba permitida, como tampoco sujeta a condición alguna.

5.29 Así mismo, y en relación con lo anterior, la ley bajo la cual se regía el contrato público No. 2012041 -LOSNC-^o, no regula el procedimiento y/o al menos las circunstancias bajo las cuales podría ocurrir la cesión del contrato público; de hecho, lo único que regula es la prohibición del mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 de la LOSNC-^o.

5.30 Por consecuencia de ello, no existe en el mentado contrato, como tampoco en la ley, requisitos o condiciones de procedencia para la cesión de los contratos públicos regulados en la LOSNC-^o, como por

ejemplo, la necesidad de autorización previa y expresa, el cumplimiento de un porcentaje de la obra, etc.

5.31 Esto tiene al menos dos razones de ser, y es que (i) al Estado le interesa de sobremanera con quien contrata, es decir, si este cumple con determinadas cualidades, tanto materiales como económicas, para la ejecución de una obra, o la prestación de un servicio, de modo que se cumpla con la finalidad pública; lo que podría coartarse si se permite la modificación subjetiva sin mayor reparo; y, por otro lado, aunque siempre vinculado, (ii) busca impedir que terceros evadan los procesos contractuales.

5.32 Es verdad que algunos países permiten actualmente la cesión de derechos y obligaciones de los contratos públicos, bajo el fundamento de la ^a protección del resultado de la licitación^o. Sin embargo, no han sido ajenos a las demás razones, de modo que han regulado de forma especial y exigente la procedencia de la cesión de contratos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 9/2017 de España¹.

5.33 Lo anterior, permite advertir que, si bien otros ordenamientos jurídicos permiten la cesión del contrato, cumpliéndose ciertos requisitos, dentro de los cuales podría encontrarse la autorización previa y expresa del órgano adjudicador, nuestro legislador ha optado por la prohibición expresa de esta posibilidad, en todos los supuestos, y sin excepción alguna. De modo que su voluntad, por sujeción a la ley, debe ser observada.

5.34 En consecuencia, tanto en el contrato público firmado por las partes, como en la Constitución y en la ley, no se regula la competencia de la empresa adjudicadora, o cuanto menos, del órgano a cargo, para el otorgamiento de autorizaciones de cesión de contratos públicos. De modo que resulta indudable que la Gerencia de Refinación emitió un acto administrativo sin competencia legal, específicamente en razón de la materia, pues ejercitó una facultad para la cual no se encontraba legitimada. Tampoco se podría alegar una competencia implícita, dado que la cesión del contrato se encontraba expresamente prohibida.

5.35 Por todo lo expuesto, dado que la competencia en lo administrativo nace de la Constitución y/o la ley, y es de orden público [Gaceta Judicial. Serie XVI, No. 1, año 1994, p.161], todo acto dictado sin competencia resulta viciado de nulidad absoluta. Por consiguiente, se declara la nulidad del Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, emitido por el Gerente de Refinación de PETROECUADOR.

1 a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes... b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato⁴ c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública^o

5.36 En este punto, cabe indicar que la teoría de los actos propios -y el principio de buena fe- invocada por JVSEIMEC, según la cual los administrados no pueden perjudicarse de los errores u omisiones cometidos por la Administración en los respectivos procedimientos administrativos, no resulta aplicable al caso concreto, por cuanto un acto viciado de nulidad absoluta no puede ser subsanado o convalidado bajo ningún supuesto.

5.37 Finalmente, corresponde analizar los efectos de la nulidad de la autorización de la cesión del contrato público. Por lo que, para comprender su alcance, haremos una breve mención conceptual de los contratos de cesión.

5.38 El objeto general de este contrato es la cesión de la situación jurídica surgida de un contrato para una de las partes y que incluye el conjunto de derechos y obligaciones que tiene respecto este [Documentación Administrativa, Escuela Nacional de Administración Pública, *La cesión del contrato de obras*, 1968, núm. 121, 103]. De acuerdo con ello, la cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, que sin afectar la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son nuevos contratantes y la primitiva relación se amplía a un tercero. Su esencia es, en realidad, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual [STS de España, Sala de lo Civil. Sentencia de 22 de mayo de 2014, núm. 287/2014].

5.39 Entonces, la cesión de un contrato comporta i. una transmisión a un tercero de una situación jurídica, o de una relación contractual, que incluye la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato base; ii. no se configura como un nuevo contrato, y en tanto, no se produce la novación; y, iii. como consecuencia del anterior, acaece exclusivamente una modificación subjetiva del contrato originario.

5.40 En este tipo de contratos existen tres partes afectadas: el cedido -Estado-, el cedente -adjudicado- y el cesionario -tercero-; y siendo un negocio trilateral, precisa el consentimiento de todos ellos [Xavier Codina, *La modificación de los contratos del sector público* [Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019] 294]. Es por ello que, cuando el ordenamiento jurídico **permite** la cesión del contrato público, la autorización emitida por la Administración no solo funge como requisito legal, sino que resulta ser una condición *sine qua non* para la celebración del contrato privado de cesión. Bajo tal escenario, cuales serían, entonces, los efectos de la falta de autorización de la cesión del contrato.

5.41 Según doctrina calificada en la materia, la autorización otorgada por la Administración en estos casos, no se configura como mero requisito de eficacia del contrato, sino como un requisito de perfección del mismo. De suerte que, la ausencia de esta provocaría que sobre el contrato de cesión no ocurran en rigor consecuencias jurídicas, pues el contrato base o primario (contrato público) en su configuración originaria subsistiría inalterado [Ernesto García Trevijano, *La cesión del contrato administrativo y otras figuras a fines*, Revista de Derecho

Administrativo, (7), 2009, 53-68]. Es decir, la falta de declaración de la voluntariedad implicaría que la subrogación del cesionario no tenga lugar [Documentación Administrativa, Escuela Nacional de Administración Pública, *La cesión del contrato de obras*, 1968, núm. 121, 110] o, dicho de otro modo, que no surta efectos en el contrato público.

5.42 En el presente caso, la empresa pública contratante emitió una autorización viciada de nulidad absoluta, con efectos *ex tunc*. Por lo tanto, al retrotraer sus efectos, dicha autorización se tiene por no emitida; con lo cual, el contrato de cesión suscrito entre TLV ENGINEERING S.A. y JVSEIMEC carece de efectos en cuanto a la modificación subjetiva del contrato base de gerenciamiento de trampas de vapor, lo que significa que JVSEIMEC nunca subrogó al cedente en sus derechos y obligaciones respecto del contrato público, quedando este inalterado. Ello, valga mencionar, sin perjuicio de los efectos que como contrato entre privados pueda tener entre los contrayentes.

5.43 Por consecuencia de lo anterior, al no existir relación contractual entre PETROECUADOR y JVSEIMEC, no pueden prosperar las pretensiones relacionadas con la resolución del contrato, como tampoco los daños y perjuicios provenientes del mismo. Por las mismas consideraciones, dado que JVSEIMEC no subrogó a TLV ENGINEERING, mal podría imponérsele las sanciones estipuladas para un sujeto diferente.

5.44 Bajo esta línea, además, la consecuencia del retrotraimiento de los efectos del acto viciado de nulidad, en virtud del artículo 1704 del Código Civil, otorga a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto; es decir, previo a la ilegal autorización de cesión y la subrogación en el contrato público. Debe recordarse, pues, que la nulidad del acto suprime únicamente sus consecuencias jurídicas, la supresión de esas consecuencias materiales producidas por la ejecución del acto anulado resultan de restituciones.

5.45 Ahora bien, según lo previsto en los artículos 1484 y 1704 del Código Civil, las restituciones tienen, sin embargo, al menos una excepción: la irrepetibilidad de lo dado o pagado, cuando a sabiendas, se celebró un acto con objeto o causa ilícita. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia extranjera ha dicho:

“no pueden tener derecho a los restablecimientos ajenos, cuando el mismo emana de un objeto o causa ilícita que ellas conocieron, porque la restricción dispuesta en aquel al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, como ha dicho la Corte, es de un gran contenido ético fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo” [CSJ, cas. civ., citada en sent. 04/10/1982, G. J., t. CLxv, p. 215]

5.46 Lo que se pretende, naturalmente, es sancionar a los intervinientes que, a conciencia, celebraron un acto jurídico con medios y fines contrarios a derecho; la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como base la ilicitud [Aida Hernández, *Las restituciones mutuas en la contratación estatal*, en Fallos referentes en contratación estatal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020) 491].

5.47 En este escenario, corresponde analizar si en el caso concreto, caben las restituciones. Para ello, se examinará en primera instancia, (i) la ocurrencia o no de objeto o causa ilícita, y de ser esto procedente, (ii) si las partes actuaron a sabiendas del vicio.

5.48 Primero, hay objeto ilícito, en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano [CC, art. 1478]. Así, sobre la emisión de una autorización para la cesión de un contrato público que, expresamente se encuentra prohibida por el artículo 78 de la LOSNCP, existe objeto ilícito. No se advierten, por el contrario, causas ilícitas en el acto.

5.49 Segundo, habiendo objeto ilícito sobre el acto, es menester verificar si las partes que intervinieron en el mismo sabían o conocían del vicio que provocó la nulidad. Para este fin, conviene en primer lugar desarrollar el enunciado *“a sabiendas”*. Según la RAE, este adverbio significa *“de un modo cierto”, “a ciencia segura”, “con conocimiento y deliberación”*. Ello indica, según autorizada jurisprudencia, *“que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento real frente a determinado hecho”* [CSJ de Colombia, cas. civ. sent. 22/01/1971, cit., pp. 42-52].

5.50 Resulta evidente que, a pesar de que el artículo 6 del Código Civil prevé una presunción de derecho, en el sentido de que *“[la ley] será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde [su promulgación]”*, la calificación de su conocimiento -a sabiendas- por una de las partes, deberá ser verificable, además, bajo otros presupuestos; pues de otra forma, toda contravención a una prohibición legal que ocasione la nulidad, por el mero hecho de presumirse su conocimiento podría resultar en la sanción prevista en el artículo 1484 *ibídem*; cuando ello no resulta proporcional.

5.51 No obstante, cuando se trata de personas que intervienen normalmente en la contratación pública, o en todo caso, buscan hacerlo de alguna manera, el conocimiento real sobre las normas que regulan las relaciones jurídicas que pretenden adquirir, vía un determinado acto o contrato, es innegable y por tal, injustificable.

5.52 En el caso concreto, tenemos que el artículo 78 de la LOSNCP regula la prohibición de cesión del contrato, en cualquier supuesto, y sin excepción alguna. Pero además de ello, dentro del contrato No. 2012041, las partes incluyeron una cláusula expresa de no cesión del

contrato, no sujeta a excepción alguna; lo que ratifica el conocimiento que sobre la prohibición se llegó a tener. En tal sentido, resulta incuestionable que, tanto el Estado, como TLV ENGINEERING y JVSEIMEC, conocían objetivamente del vicio en el acto de autorización.

5.53 El conocimiento de PETROECUADOR es evidente, dado que la empresa pública normalmente suscribe contratos públicos, conoce de la norma que regula la contratación pública, y con base en dicho conocimiento, pactó una cláusula de no cesión en el contrato público. Lo mismo respecto de TLV ENGINEERING, pues la adjudicada suscribió el contrato dentro del cual expresamente se prohíbe la cesión.

5.54 Finalmente, en cuanto a JVSEIMEC, también es absoluto su conocimiento, puesto que, si bien en principio no formó parte del contrato, cuando su intención y voluntad fue ingresar a la relación jurídica con el Estado, estuvo al tanto de que lo haría por medio de una determinada figura: la cesión del contrato; y, como bien se indicó, el contrato público contiene una prohibición de cesión del mismo, y aun sabiendo que subrogaría al contratista, precisamente bajo dicha figura, decidió aceptar la autorización viciada con la finalidad de beneficiarse del contrato estatal. No resulta verosímil, cuanto menos, que la persona que busca reemplazar a otra, en los derechos y obligaciones de un determinado contrato, no revise sus cláusulas, y peor aún, sus prohibiciones.

5.55 Por las consideraciones expuestas, y dado que las partes conocieron del objeto ilícito, no se otorgan las restituciones a favor de los mismos. En razón de lo mencionado precedentemente, debe insistirse en que al no existir relación contractual administrativa entre JVSEIMEC y PETROECUADOR, no prosperan las pretensiones sobre obligaciones de dar relacionadas con el vínculo contractual. No obstante, lo expuesto en el presente fallo no implica ningún pronunciamiento sobre cualquier otra pretensión de carácter pecuniario entre los litigantes. Por lo tanto, quedan a salvo los derechos para que JVSEIMEC plantee las reclamaciones que considere pertinente, pues esta Sala reconoce la existencia de actividades

de carácter material ejecutadas por la empresa en mención.

5.56 Por último, respecto de la nulidad del contrato público, así como del contrato de cesión inter privados, este tribunal se encuentra impedido de pronunciarse, debido a que la nulidad del primero no ha sido solicitada y el control de legalidad se ejecutó en una etapa posterior; y, en cuanto al segundo, la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene la competencia para su examen de oficio y declaración.

VI. Decisión

6.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **acepta** los recursos de casación interpuestos por JVSEIMEC CÍA. LTDA. y por la Procuraduría General del Estado, y por lo tanto decide **casar** la sentencia de 27 de noviembre de 2018, las 12h07, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo.

6.2 En virtud del artículo 273.3 del COGEP, se declara parcialmente con lugar la demanda, en los términos señalados en los párrafos 5.35, 5.43, 5.55 y 5.56 de la presente sentencia. Por lo tanto: 1. En mérito del artículo 300 y 313 del COGEP, se declara la nulidad del Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, por falta de competencia. 2. Se declara que el contrato de cesión no se perfeccionó y, por lo tanto, no tuvo efectos sobre el elemento subjetivo del contrato administrativo base, quedando el contrato público inalterado; sin perjuicio de los efectos que dicho acto jurídico tuviere en la esfera del derecho privado. Por consecuencia de lo anterior: 2.1. Se rechaza la resolución del contrato y los daños y perjuicios, por cuanto no existe relación contractual entre PETROECUADOR y JVSEIMEC; y, 2.2. Se dejan sin efecto las multas impuestas en contra de JVSEIMEC, por idénticas razones. 3. Se rechazan los demás pagos exigidos. 4. Se deja a salvo los derechos de los que la parte se crea asistida en relación con las actividades materiales realizadas. 4. Remítase lo actuado a la entidad competente, para que inicie en contra de los servidores públicos que viabilizaron y otorgaron la autorización de cesión del contrato, los procedimientos sancionatorios pertinentes. Notifíquese, publíquese y devuélvase. -

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 14 de marzo del 2022, las 16h10. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** Dr. Milton Velásquez Díaz (ponente) ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021; **c)** Fabian Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021; **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **13802-2017-00131**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en el cantón Portoviejo, expidió la sentencia de 27 de noviembre de 2018, las 12h07, dentro de la causa signada con el No. **13802-2017-00131**, promovido por la empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.; en contra de la empresa pública EP PETROECUADOR y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, por la cual se acepta parcialmente la demanda y declaró la resolución del contrato No. 2012041, por incumplimiento de la entidad contratante, que ahora es la casacionista; así como de las multas que le han sido impuestas a la demandada, declarando sin lugar el pago de daños y perjuicios por no habérselos probado; ordenando que la entidad contratante pague a la actora los valores pendientes que corresponden a las planillas 32 a 41, más los correspondientes intereses; y, declara la responsabilidad de los funcionarios de EP PETROECUADOR, que emitieron los informes favorables para que

proceda la cesión del mencionado contrato.

2.2 RECURSO: La empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.; EP PETROECUADOR y la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, han interpuesto sendos recursos de casación en contra de la sentencia antes identificada.

2.3. ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 23 de junio de 2020 de, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por:

a) La Procuraduría General del Estado, por la causal quince del artículo 268 del COGEP, por el yerro de errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública.

b) La empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA., por la causal tercera del mismo artículo por citra petita.

c) Inadmite el recurso interpuesto por la empresa pública EP PETROECUADOR.

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. Es de señalar que la audiencia de sustentación de recurso de casación se realizó el 17 de enero de 2022 a partir de las 15h00, conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; diligencia en la cual el casacionista sustentó su recurso de casación relativo a la causal y vicios admitidos, sin que haya intervención de otra parte procesal, en razón de que el auto recurrido inadmite de entrada la demanda presentada. Luego del debate pertinente, la Sala Especializada hizo su pronunciamiento oral.

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

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

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia, luego del análisis de la prueba aportada por las partes estimó, principalmente, que:

Con lo cual de la revisión de las pruebas que fueron practicadas, este Tribunal ha podido establecer:

1.- Respecto a la nulidad de la cesión del contrato, este Tribunal ya se pronunció al respecto en la respectiva audiencia preliminar, por haber sido una de las excepciones previas planteadas por parte de la autoridad demandada. En tal virtud, este Tribunal no tiene nada que manifestar al respecto. 2.- Que a fs. 573 obra el Memorando No. 00066-TES-2017, de fecha 15 de marzo de 2017, suscrito por la señora Carla Arellano V., Subgerente de Finanzas Enc. Dirigido al Procurador y Subprocurador de Asesoría y Contratos. Cuyo asunto es: Criterio para Pagos, y en su parte pertinente establece: La Jefatura Corporativa de Tesorería en cumplimiento del Procedimiento Formulación de Requerimientos de Fondos de las Gerencias de la Empresa y Aprobación del Flujo de Caja, a través de la Subgerencia de Finanzas, ha enviado a la Gerencia General para conocimiento y autorización los flujos semanales con el detalle de pagos propuestos, sin embargo, por la situación que se ha presentado dentro de EP PETROECUADOR y con el fin de salvaguardar los intereses empresariales no se han aprobado pagos para las siguientes empresas, entre otras JVSEIMEC INGENIERIA CIA. LTDA. y WORLEY PARSON. Con este antecedente, agradeceré, se instruya a ésta Subgerencia respecto a los argumentos jurídicos y como proceder en lo que respecta a los pagos de los diferentes contratos suscritos con las empresas antes señaladas, estableciéndose de esta manera una decisión unilateral por parte de EP PETROECUADOR, en no realizar pagos pendientes a la compañía JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.

3.- Que ha quedado demostrado que el anticipo recibido por la contratista fue amortizado en la planilla 3 hecho que no ha sido controvertido, sino más bien aceptado por la parte demandada.

4.- Que no se ha demostrado dentro de la presente causa el sustento de la multa que se pretende establecer en contra de la compañía actora, en razón de que su sustento se basa en un supuesto componente relacionado con las trampas de vapor, el cual a decir de la parte demandada tiene un retraso de más de 390 días, se señala que este retraso lo contabilizan a través de un cronograma, el cual no fue agregado ni reproducido como prueba dentro de la presente causa. Reproduciéndose exclusivamente el contrato, en el cual se establece un plazo de cinco años contabilizado desde el inicio de trabajos. Al no haberse practicado este cronograma como prueba dentro del presente juicio, no se puede establecer la procedencia de una multa.

5.- Que respecto a la segunda multa, se ha señalado que su sustento para imponerla es que ha habido paralizaciones en el año 2013. Sin considerar que la no entrega de los libros de obra es muy distinto a la paralización de la obra, Sobre este aspecto ya se impuso una multa, y esa multa ya fue pagada.

6.- Que los cambio de administradores del contrato, ha sido un inconveniente por cuanto los diferentes administradores no han querido avalar o legitimar lo que habían hecho los administradores anteriores, y no por cuestiones de carácter técnico, sino porque fueron trabajos que se realizaron con anterioridad a sus gestiones y no me podían pronunciar al respecto, lo cual es una situación aplicable exclusivamente a EP PETROECUADOR, estableciéndose de esta manera que desde la planilla 13 a la 31, todas las planillas fueron pagadas con retraso. Y desde la 32 a 41 ya no se pagó valor alguno.

7.- El art. 1454 del Código Civil, define por el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas. En tal virtud se establece

que tanto la contratante como la contratista tienen obligaciones y derechos mutuos. Por lo que no cabe alegar el incumplimiento de la parte contractual, si la otra parte no ha cumplido con sus obligaciones.

8.- Que el art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prohíbe expresamente al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.

9.- Que a pesar de la prohibición antes referida, las autoridades de turno de EP PETROECUADOR, consintieron en la cesión del contrato realizada entre TLV ENGINEERING S.A. Y JVSEIMEC.

10.- Que las autoridades de PETROECUADOR, en aceptación de la cesión del contrato continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC.

11.- Que el artículo 328 del Código Orgánico General de Procesos, establece que en los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargo o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenara que se inicie el proceso de repetición contra aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación°.

7.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS:

7.1 El recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por el yerro de errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública, sostiene que:

En los numerales 8, 9 y 10 de la sentencia recurrida, se expone que el artículo 98 de la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), prohíbe al contratista ceder sus derechos y obligaciones contractuales y que, pese a ello las autoridades de EP PETROECUADOR, consistieron para que se produzca la cesión realizada entre TLV ENGINEERING S.A. y JVSEIMEC; y que, esa empresa pública en aceptación de la cesión continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC; incurriendo, los juzgadores en errónea interpretación del artículo 78 de la LOSNC, pues dan un alcance distinto a la norma al dar valor a los hechos descritos, pretendiendo dar una consecuencia que no tiene esa norma jurídica; puesto que, por el hecho de las actuaciones de la administración no significa la convalidación de un acto nulo, conforme los artículos 9, 10, 1478, 1480, 1485 y 1699 del Código Civil

7.2 El recurso de casación interpuesto por la JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA., por la causal tercera del mismo artículo por el yerro de citra petita, quien afirma que el fallo recurrido no ha resuelto todos los puntos controvertidos, dejando de aplicar el artículo 92 del COGEP; pues, pese haberse reclamado en la demanda el pago del reajuste de precios pactado en el contrato, el fallo que ataca no emitió pronunciamiento alguno al respecto, sin considerar además el derecho previsto en el artículo 82 de la LOSNC y en la cláusula 11ra. del contrato.

8. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN:

8.1 Respecto al recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado (PGE):

8.1.1 Sobre la causal invocada y el yerro denunciado:

La causal invocada establece, como causal quinta del artículo 268 del COGEP, integrando tres yerros provocadores de casación, en caso de que se cumplan sus exigencias; la causal ordena:

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

De ellas, la PGE sostiene, que la sentencia recurrida está viciada por errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual ordena:

Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, *in iudicando jure*, de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva en razón de que en dicha resolución judicial, no se subsumen los hechos probados en juicio, dentro de la norma material llamada a dar solución a la controversia que ha sido sometida a la decisión judicial

Una de las características propias de esta causal, de violación directa de normas sustantivas, es que los vicios contenidos en ella, proscriben toda posibilidad de que el casacionista pueda hacer consideración o referirse de alguna manera a los hechos establecidos en el desarrollo del proceso; en razón de que la existencia del yerro, parte de la consideración de que las partes no hacen objeción alguna de tales hechos pues han dado como válidas las apreciaciones estructuradas por los juzgadores emisores de la sentencia materia del recurso de casación, relativas a la formación del precedente fáctico al cual han aplicado, o no, las disposiciones jurídicas que se denuncian como infringidas.

Afirma Humberto Murcia Ballén que: *“ Como lo ha anotado la doctrina el error in iudicando se produce en la inobservancia del deber que le asiste al juez al sentenciar secundum jus; de ahí que en tal supuesto de hable de error de juicio, o de yerro en la actividad intelectual realizada por el juez para la decisión del conflicto” (La Casación en Colombia, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, Colombia, 2005, p.268).*

Efectivamente, la causal está destinada a estructurar los yerros en los que pueden incurrir los juzgadores al proferir sus autos o sentencias, en lo relacionado a la aplicación u omisión de las normas jurídicas usadas para dar solución a la controversia judicial; esto es para sus pronunciamientos de fondo.

Calamandrei al respecto enseña, con mayor claridad que:

“1/4 En relación a la distinción entre el error in procedendo y el error in iudicando, Calamandrei explica: “ Hasta ahora se pensó que la diferencia entre el error en el juicio y error en el procedimiento estaba únicamente en que el primero se refería a la causa y el segundo al efecto de la equivocación

*cometida por el juez: habría falsos juicios, que bastarían por sí solos para consentir la rescisión de la sentencia, independientemente de su repercusión sobre el acto que determinaron; habría, por otra parte, ciertos actos cuyo cumplimiento en forma diversa de la querida por la ley constituiría motivo de casación por sí sola, independientemente de la naturaleza del juicio que los hubiera engendrado; según esta línea divisoria, si los errores (en la solución de una cuestión) de fondo eran tratados como errores de juicio, los errores de orden podían referirse tanto al *procedere* como al *iudicare*; por ejemplo, que hubiera decidido un juez incompetente, se consideraba no tanto un error in *procedendo* cuanto un error in *iudicando* si la equivocación había ocurrido en solución de una cuestión de derecho referente a la competencia.*

*Este modo de plantear la distinción no apreciaba la verdadera razón de ella, que no está sino en la profunda diferencia entre el orden y el fondo, esto es, entre la conducción del proceso y la decisión de la litis o la administración del negocio, y estos dos momentos de la actividad del juez están en relación de medio a fin: para las cuestiones de orden, lo que importa a los fines de la decisión no es tanto el porqué cuanto el si se ha seguido o no el iter señalado por la ley como el más idóneo para llegar al fin; en cuanto a las cuestiones de fondo, no se puede pretender lo mismo, es decir, que sólo la obtención o la no obtención de fin sea relevante, debiéndose indagar igualmente si la decisión ha sido justa... Es exacto, por tanto distinguir los errores in *iudicando* como errores de juicio de los errores in *procedendo*, como errores de actividad, pero es hora de agregar que los segundos atañen sólo al orden y los primeros sólo al fondo^{1/4} (Calamandrei, Instituciones del Proceso Civil, volumen II, pág. 249-250 (citado en <http://abogadosveritaslex.com.ve/blog/distincin-entre-error-in-procedendo-y-error-in-iudicando-900>)).*

Sobre el yerro de errónea interpretación debe manifestarse que, la interpretación supone una operación intelectual consistente, que debe hacerla el Juez, en la determinación del alcance efectivo de la disposición jurídica que se estima infringida, a fin de, una vez extraído o desentrañado ese alcance normativo, la disposición sea aplicada de modo correcto a los hechos y de este modo sea factible la dirimencia efectiva del conflicto judicial de que se trate.

: ^a Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero

con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado°. (Humberto Murcia Ballén, ^aLa Casación Civil en Colombia°, p.324).

En casación no basta únicamente identificar la disposición jurídica erróneamente aplicada, sino que es indispensable, recurrir a los distintos métodos de interpretación que trae el ordenamiento jurídico y recomienda la doctrina jurídica; no es pues por ello que la búsqueda de esa verdad pueda constituir una arbitrariedad del juzgador; al contrario, es un mecanismo recomendado para que la norma jurídica pueda ser debidamente subsumida a los hechos fácticos que han resultado del proceso judicial, sobre los cuales en la causal invocada, las partes no tienen objeciones y los consideran válidos.**8.1.2 Motivación sobre la causal:** La casacionista, estima, acogiendo a la causal quinta del artículo 268 del COGEP, que en el fallo de instancia, se ha producidoLa apreciación central del casacionista, refiere la errónea interpretación del artículo 78 de la LOSNCP, norma que establece la prohibición a los contratistas de ceder las obligaciones y derechos que devienen de los contratos administrativos suscritos con las entidades públicas contratantes; respecto de lo cual afirma que en el fallo, las autoridades de EP

la errónea interpretación del artículo 78 de la que ,se ha estimado que PETROECUADOR, consintieron para que se produzca la cesión realizada entre TLV ENGINEERING S.A. y JVSEIMMEC.

Al respecto es pertinente reiterar que la causal invocada permite entender que los hechos establecidos como verdad procesal no pueden ser objeto de nueva valoración por el Juez de Casación, ya que ellos se entienden aceptados por las partes, de modo que la causal solo permite la fundamentación sobre la apreciación del vicio *in iudicando jure* que norma; más, en la especie, es claro que el recurrente pretende una nueva valoración de los hechos; puesto que, para determinar la errónea interpretación de esa norma, necesariamente requieren que la Sala determine al menos la siguiente valoración fáctica:

- 1.- El valor jurídico de la autorización conferida por PETROECUADOR, a la inicial contratista TLV ENGINEERING S.A. para que proceda a ceder las obligaciones y derechos derivados del contrato suscrito entre ellas, en función del principio de los actos propios.
- 2.- El valor jurídico del contrato de cesión suscrito entre TLV ENGINEERING S.A. y JVSEIMMEC; que es un instrumento privado.
- 3.- Los efectos jurídicos de ese contrato; el cual como indica el casacionista y la sentencia recurrida, generó no solo efectos de ese orden sino de orden material, ya que la actora ejecutó las obligaciones, rindió garantías de buen uso de anticipo y de fiel cumplimiento de contrato, se le pagaron facturas y se le adeudan otras, con la intervención del administrador y fiscalizador del contrato.
- 4.- Igualmente, respecto de la legitimación activa de JVSEIMMEC en el juicio; y, de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa de la ^acesionaria°, que no fue parte del proceso.
- 5.- Sobre la competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, para pronunciarse sobre una nulidad

absoluta de un acto administrativo no impugnado, sin contar con el beneficiario del mismo; así como de un contrato privado, frente a la actividad administrativa, que determina caudales de nulidad sometidas a interés público, que se regulan por elementos diferentes a los civiles.

6.- La legitimación que tiene la Administración Pública, cuya representación en el proceso judicial, ha estado a cargo de EP PETROECUADOR y de la Procuraduría General del Estado, para sostener la ilegalidad de la autorización para que se produzca la cesión de los derechos y obligaciones contractuales, conferida por la misma Administración demandada.

7.- La legitimación de la Procuraduría General del Estado para, por medio del recurso de casación, formular un argumento que ha sido propuesto como excepción por EP PETROECUADOR y negado en audiencia preliminar; dentro de los cual es indispensable remitirse a los hechos, para apreciar si, la recurrente tiene legitimación activa o pasiva para alegar la nulidad de un contrato público.

Aspectos, todos estos, relativos a hechos procesales, sin los cuales, resulta impertinente un pronunciamiento que solo se centre a la errónea interpretación alegada; lo cual hace concluir que el argumento elemental que esgrime la casacionista, para sustentar esta causal, se adhiere más al contenido de la causal cuarta de violación indirecta de norma sustantiva y no, de la causal quinta que ha sido invocada; la cual es improcedente.

8.2 Respecto al recurso de casación interpuesto por la JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.:

8.2.1 Sobre la causal invocada y el yerro denunciado:

La causal invocada por el casacionista contiene como causa y yerros de casación, las siguientes

“ Cuando se haya resuelto e la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”.

Devis Echandía, sobre esta causal de casación enseña que: *“ el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo con el sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (en sentido general) y excepciones de los litigantes, oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, pág 629, segunda edición, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia 2009), La falta de observancia el principio de congruencia de lugar a tres vicios, los cuales son cobijados por nuestra legislación (1/4) a saber: ultra petita, extra petita y infra petita; según la doctrina: “ Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con la pretensiones de la demanda y con la excepciones propuestas”.* (La Casación Civil en el Ecuador, pág 147-148, primera edición, Andrade&Asociads, Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005).

8.2.2 Fundamentos de la casacionista: Sostiene en su recurso la casacionista que en su demanda requirió que se ordena a práctica e una liquidación pericial, en la que se incluya el reajuste de precios previsto en la cláusula undécima del contrato; sin embargo, die que en la sentencia recurrida no se hace mención alguna a su pretensión; por lo que, siendo claro el vicio que afecta a la sentencia que ataca, es pertinente la causal y pide por

tanto que, aceptándose el recurso de casación se ordene la liquidación y pago del reajuste de precios.

8.2.3 De la revisión que la Sala hace de la sentencia a la cual se la coteja con las pretensiones demandadas puede determinarse que efectivamente, en el acto de proposición de la empresa accionante del juicio de instancia, se puede encontrar que requirió el pago del reajuste de precios previsto en el contrato, solicitando que su liquidación debe hacerse mediante la pericia correspondiente.

No obstante, es claro también para la Sala que, en la sentencia, si bien no se hace referencia expresa de esa pretensión, la misma se pronuncia en el sentido de que a los valores a pagarse a la actora, deben agregarse los intereses respectivos, lo cual implica que no pueden subsistir a un tiempo, el reajuste de precios y adicionalmente el pago de intereses, ya que ello se consideraría una duplicidad de pagos compensatorios por la mora en el pago de los valores reclamados por el actor en el libelo inicial; de ello se concluye la improcedencia de la causal; pues además, su procedencia implicaría la necesidad de que la Sala entre a valorar prueba, elemento improcedente en esta causal.

10.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechazan los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y la empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA., consecuentemente, **NO CASA** la sentencia de 27 de noviembre de 2018, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo. Actúe en calidad de Secretaria Relatora la Dra. Ivonne Marlene Guamaní León en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 1040-DNTH-2021-OQ. - **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**±

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

175355945-DFE

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 3 de mayo del 2022, las 09h35, VISTOS: Transcurrido el término concedido en el auto precedente, se resuelve lo siguiente:

I. Antecedentes procesales

1.1 El 14 de marzo de 2022, las 16h10, con voto de mayoría, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió aceptar los recursos interpuestos por JVSEIMEC CÍA. LTDA ("JVSEIMEC") y la Procuraduría General del Estado; y en la sentencia de mérito, declaró parcialmente con lugar la demanda propuesta por JVSEIMEC. En su contra, se presentaron recursos de aclaración y ampliación el 22 de marzo de 2022.

1.2 El 24 de marzo de 2022, las 14h58, el juez ponente dispuso que se corra traslado a la parte contraria con los recursos de aclaración y ampliación por el término de 48 horas. Transcurrido el tiempo concedido sin una respuesta al traslado, corresponde que este tribunal decida sobre la aclaración y la ampliación interpuesta por JVSEIMEC.

II. Solicitud de aclaración y ampliación**a. Solicitud de aclaración**

2.1 La parte accionante manifiesta que la sentencia no es clara en cuanto a lo siguiente:

2.1.1 Cuál es la vía para reclamar los trabajos ejecutados, considerando que JVSEIMEC no tuvo la calidad de contratista. En esa línea, pidió que se aclare cuál es la naturaleza de las obligaciones derivadas de los trabajos y obras ejecutadas por JVSEIMEC, considerando que la sentencia ha determinado que la empresa mentada no tuvo la calidad de contratista.

2.1.2 Cuál es el título habilitante para reclamar el monto de las actividades de carácter material ejecutadas por JVSEIMEC.

2.1.3 Desde cuándo es exigible la obligación económica asumida por EP PETROECUADOR respecto de JVSEIMEC por los trabajos y obras ejecutadas a favor de la empresa pública, considerando que desde que se citó con la demanda que dio origen al proceso, se interrumpió la prescripción de las obligaciones económicas asumidas por EP PETROECUADOR. En este sentido, solicitó que se aclare que el plazo para la prescripción de los derechos comienza a discurrir desde la fecha de ejecutoria de la decisión.

b. Solicitud de ampliación

2.2 La empresa recurrente precisa que, posterior a la autorización emitida por PETROECUADOR EP, rindió la garantía de fiel cumplimiento del contrato, conforme lo exige la LOSNCP, que ha venido siendo renovada y que actualmente se encuentra vigente. Dicha garantía consta en la póliza de seguro No. CC-0178622 otorgada por la compañía Seguros Confianza.

2.3 En tal contexto, que la sentencia de mayoría determina que JVSEIMEC no subrogó a TLV ENGINEERING, de tal manera que al no haber tenido la calidad de contratista, resulta evidente que no estuvo obligada a rendir garantía alguna.

2.4 Por consecuencia, solicitó que se amplíe la sentencia en cuanto a ese punto, y se ordene que cualquier garantía vigente relacionada con el contrato público quede insubsistente y sin efecto, y que PETROECUADOR EP devuelva las garantías a JVSEIMEC.

III. Análisis

3.1 Oportunidad del recurso.- Conforme el artículo 255 del Código Orgánico

General de Procesos, la solicitud de aclaración y ampliación debe formularse dentro del término de tres días contados desde la notificación de la sentencia. En este caso, la sentencia impugnada fue notificada el 17 de marzo de 2022 y los recursos fueron interpuestos el 22 de marzo de 2022. Es decir, fueron planteados oportunamente dentro de los tres días establecidos en el artículo 255 del COGEP.

3.2 Objeto del recurso de aclaración y ampliación.- Según el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, la aclaración procede cuando exista oscuridad en la sentencia y la ampliación cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.

a. Aclaración

3.3 En cuanto al párrs. 2.1.1 y 2.1.2 ut supra, caben las siguientes consideraciones. Primero, la estrategia y, en tanto, la vía para reclamar los derechos dejados a salvo en la sentencia le corresponde establecer a la defensa técnica de JVSEIMEC, y no a estos juzgadores. Segundo, respecto de la naturaleza de las obligaciones y su caso, el título habilitante, cabe remitirnos a ciertos pasajes de la decisión de mayoría:

"5.42 (...) el contrato de cesión [de derechos y obligaciones del contrato público]...carece de efectos en cuanto a la modificación subjetiva del contrato base de gerenciamiento...lo que significa que JVSEIMEC nunca subrogó al cedente, quedando este inalterado...sin perjuicio de los efectos que como contrato entre privados pueda tener entre los contrayentes"

"5.55 (...) al no existir relación contractual administrativa entre JVSEIMEC y PETROECUADOR, no prosperan las pretensiones sobre obligaciones de dar relaciones con el vínculo contractual (...)"

"5.56 Por último, respecto de la nulidad del contrato público, así como del contrato de cesión inter privados, este tribunal se encuentra impedido de pronunciarse, debido a que la nulidad del primero no ha sido solicitada y el control de legalidad se ejecutó en una etapa posterior; y, en cuanto al segundo, la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene la competencia para su examen de oficio y declaración"

3.4 Es decir, el contrato de cesión carece de efectos en cuanto a la modificación subjetiva del contrato público y por lo tanto, no existe relación contractual entre JVSEIMEC y PETROECUADOR. No obstante, el contrato público de gerenciamiento de trampas quedó inalterado y no se declaró su nulidad en la presente sentencia. En consecuencia, no procede la aclaración de la decisión por este extremo.

3.5 Respecto del párr. 2.1.3, es necesario considerar que, cuando fue presentada la demanda, la accionante tenía una fuente de obligación específica -contractual- para exigir el reconocimiento de las prestaciones materiales realizadas. De ahí que, en su pretensión, haya exigido la resolución del contrato No. 2012041 por incumplimiento de las obligaciones contractuales, así como los daños y perjuicios de la ejecución del mismo contrato público. Sin embargo, y una vez expedida la presente sentencia, por los efectos de la nulidad de la autorización de la cesión del contrato público previstos en el párr. 3.4 ut supra, dicha fuente cambió por otra.

3.6 Lo anterior, permite advertir (i) que no era jurídicamente posible ejercitar una acción judicial que, en su momento, no se encontraba disponible para el accionante, por cuanto la fuente de obligación para reclamar su pretensión era contractual; y, (ii) que no resultaba factible accionar sobre un determinado derecho, con base en dos diferentes y excluyentes fuentes de las obligaciones.

3.7 Bajo estas consideraciones, la obligación a favor de JVSEIMEC, únicamente se puede considerar exigible, con el reconocimiento de las prestaciones o beneficio

en favor de PETROECUADOR, o en su caso, desde que tuvo conocimiento de su derecho a ejercitar la acción; aspecto que se encuentra desarrollado en el párr. 5.55 de esta sentencia. Sin embargo, contrario a lo argumentado por el recurrente, la citación con la demanda de una acción no puede interrumpir la prescripción de otra; primero, porque son distintas, y luego, que dadas las consideraciones previas, mal podría interrumpirse un lapso que no ha empezado a discurrir.

3.8 Por consecuencia, en aplicación del artículo 2414 del Código Civil, que en su parte esencial dispone: "La prescripción que extingue las acciones y derechos...Se cuenta...desde que la obligación se haya hecho exigible"; los derechos dejados a salvo en favor de JVSEIMEC, para efectos de la prescripción, se contarán a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

b. Ampliación

3.9 Finalmente, la casacionista solicitó que se amplie la sentencia respecto de la garantía de fiel cumplimiento. En ese orden, dado que los efectos de la nulidad del acto administrativo provocaron que JVSEIMEC no subrogue a TLV ENGINEERING en los derechos y obligaciones del contrato público, y por cuanto no existe relación contractual entre JVSEIMEC y PETROECUADOR, se amplía la sentencia en el siguiente punto:

3.9.1 En caso de subsistir la garantía de fiel cumplimiento del contrato público de gerenciamiento de trampas de vapor, que deberá ser verificado por el tribunal de ejecución, se ordena: a. dejar sin efecto esta última; y, b. devolver la garantía a JVSEIMEC.

IV. Decisión

4.1 En mérito de lo expuesto, este tribunal resuelve ACEPTAR parcialmente el recurso de aclaración y ACEPTAR el recurso de ampliación interpuestos por JVSEIMEC contra la sentencia de 14 de marzo de 2022, las 16h10. En consecuencia, las partes deberán atenerse a lo dispuesto en el presente auto.- Dado que el doctor Patricio Secaira Durango dictó el voto de disidencia dentro de la sentencia, firma el presente auto por obligación legal.- Notifíquese.-



Mgs. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

MG/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.