EDICIÓN JURÍDICA

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

J17741-2016-1165, J17741-2015-0764, J17811-2017-01258, J17741-2016-0375, J17741-2016-1256, J09801-2013-0608 J17741-2017-0122

Año II - Nº 434 - 107 páginas
Quito, viernes 13 de noviembre de 2026

FUNCIÓN JUDICIAL

183175042-DFE

Juicio No. 17741-2016-1165 RESOLUCION N° 771-2022

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, martes 16 de agosto del 2022, las 08h37. ***VISTOS:*** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de lo siguiente:

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

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

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

iv Conforme el acta de sorteo electrónico realizado el lunes 15 de marzo de 2021, a las 03:24, constante a fojas 11 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido, como Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Milton Enrique Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, según lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función

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

FUNCIÓN JUDICIAL DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE Firmado por IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO C=EC L=QUITO CI 0601356215

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

Judicial y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I
ANTECEDENTES

1.1 El Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay (en adelante **ª TDCA No. 3º** o **ª Tribunal de instanciaº**, indistintamente), expidió sentencia el 11 de agosto de 2016, las 08h22, dentro de la causa signada con el No. 17741-2016-1165, promovida por la señora Leonor Purificación Jimbo Bacuilima, en contra del Ministerio de Educación, Dirección de Educación 01D01 Cuenca Norte y Procuraduría General del Estado, en la que se resolvió lo siguiente: *ª Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3, con Sede en Cuenca, ª ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICAº , declara parcialmente con lugar la demanda, debiendo la unidad administrativa de talento humano de la institución para la cual laboró la accionante, tramitar favorablemente su pedido de cancelación del beneficio determinado en el Art. 129 de la LOSEP, en los términos previstos en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-100, de 14 de Abril de 2016 (R.O. No. 751, Mayo 10, 2016).- Sin costas.- Notifíquese.-º*

1.2 En su día, la actora presentó recurso horizontal de aclaración y ampliación de la sentencia ya identificada, que fue resuelto y rechazado por el Tribunal de instancia el 8 de septiembre de 2016, las 09h06.

1.3 Mediante escrito de lunes 15 de agosto de 2016, a las 15h42, inconforme con la decisión del Tribunal de instancia, la entidad pública interpuso un recurso de casación en contra de la sentencia, que fue concedido el 15 de septiembre del mismo año; y, se dispuso que el expediente se eleve a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.4 Con auto de jueves 4 de junio de 2020, las 09h45, la Conjueza Nacional, doctora Hipatia

Susana Ortiz Vargas, admitió el recurso de casación respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación de los artículos 7 de la Resolución No. MRL.2011-00158 (en adelante **ª AM158º**), 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante **ª LOSEPº**) y 285 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante **ª RLOSEPº**).

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

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

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el el 11 de agosto de 2016, las 08h22 por el TDCA No. 3 ha incurrido en el yerro acusado por el recurrente, esto es, por errónea interpretación de los artículos identificados en el **apartado 1.4**.

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.

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

norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia *(Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015, todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).*

2.5 También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca; es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico *(Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).*

2.6 Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ªLa Casación Civilº, sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala que: *ª como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a su admisión, limitado a*

causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada ±excepcionalmente los actos de las partes± y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación.º (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 351)

III
ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO

3.1 Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que consiste en: *ª 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.º*

3.2 Santiago Andrade Ubidia, en su obra ªLa Casación Civil en el Ecuadorº nos enseña que: *ª La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva.º* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 181). El mismo maestro Andrade Ubidia señala las características de la violación directa de la siguiente manera: *ª En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo.º* (Andrade Ubidia Santiago, Op. cit., pág. 182).

3.3 La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicada en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *ª Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente.º*

3.4 En este punto, podemos señalar que la errónea interpretación aparece en una sentencia cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, pero se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Cabe recordar que este vicio, en palabras del profesor Luis Armando Tolosa consiste en: *ª Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo.º* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá-Colombia).

3.5 En palabras de Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ª La Casación Civilº, los errores *in iudicando*: *ª También denominados errores de juzgamiento, de juicio o fondales, se trata de aquellos motivos o causales que permiten la demolición del acto sentencia, cuando existen defectos o yerros en el razonamiento lógico, racional y volitivo, que conducen a la violación o infracción de la ley, de manera directa o indirecta, de manera que se trata de una falla en la actividad intelectual donde la voluntad concreta de la ley declarada en el acto sentencial, no se identifica con la voluntad efectiva contendida en la ley, todo lo que conduce a una sentencia injusta, errónea o defectuosa.º* (Bello Tabares, H. E. T. Op. cit. Pag. 177)

3.6 Esta Sala Especializada en varias ocasiones ha indicado que al momento de alegar la errónea interpretación de norma jurídica, corresponde al casacionista explicar lo siguiente: **a)** ¿Cuál es la norma sustantiva infringida?; **b)** si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; **c)** ¿Cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial?; **d)** explicar el método de interpretación que usó en la decisión judicial; **e)** determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde y por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; y, **f)** 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.

3.7 Una vez que esta Sala Especializada ha realizado una revisión del alcance y finalidad del yerro de errónea interpretación de normas de derecho, desde el punto de vista de la doctrina y de los criterios vertidos por esta Alta Corte, corresponde explorar los argumentos esgrimidos por la entidad pública recurrente en su memorial de casación, así como también la motivación constante en la sentencia interpelada dictada por el Tribunal de instancia.

3.8 La entidad recurrente para sostener su alegación presenta el siguiente argumento: *ª De la revisión de la sentencia ninguna norma conlleva que se disponga que* [sic] *la que el Ministerio de Educación proceda al pago correspondiente por concepto de compensación por renuncia voluntaria NO PLANIFICADA. El Ministerio de Educación no ha realizado una planificación que determine el número de servidoras y servidores que puedan acogerse a las compensaciones por renuncia voluntaria NO PLANIFICADA como en el presente caso. Tampoco ha existido un dictamen presupuestario favorable por el Ministerio de Finanzas para que la UATH lleve a efecto la planificación de compensación económica. En la sentencia que nos ocupa, existe errónea interpretación del Art. 7 de la resolución No. MRL 2011-00158, al considerar que la accionante ha presentado la renuncia voluntaria NO PLANIFICADA para acogerse a la compensación económica, cuando de autos consta al renuncia de la actora de forma simple sin establecer que su dese era formar parte del plan de retiro voluntario con su respectiva compensación. También existe errónea interpretación*

en la sentencia al manifestar ª (¼) tramitar favorablemente su pedido de cancelación del beneficio determinado en el Art. 129 de la LOSEP, en los términos previstos en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-100 de fecha 14 de abril de 2016º cuando lo que manda la disposición, es que existiendo el plan institucional el servidor público no solicite su inclusión en el mismo o no fuere considerado en el plan institucional. Es decir debe necesariamente existir el plan institucional para que [sic] *preceda la compensación por concepto de retiro voluntario previamente planificado. De autos la accionante no ha probado que la fecha de presentación de renuncia existía el plan institucional con el dictamen presupuestario correspondiente emitido por el Ministerio de Finanzas. Si los Artículos 56 de la LOSEP, 285 de su Reglamento, establecen que la Unidad de Talento Humano* [sic] *determinara dentro de su planificación el número de servidores que podrán acogerse durante el ejercicio fiscal a las indemnizaciones o compensaciones y que debe encontrarse con el dictamen presupuestario. Por su parte el Art. 286 del mismo Reglamento a la LOSEP prescribe que la compensación por renuncia voluntaria* ***opera de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución,*** *señores jueces interpretan erróneamente estas normas, puesto que mal podrían disponer el pago, si no se ha comprobado de autos que el Ministerio de Educación inicio el plan institucional de renuncias voluntarias a la fecha de renuncia de la actora.º*

3.9 Por su parte, el Tribunal de instancia reflexiona de la siguiente manera: *OCTAVA.- Corresponde ahora analizar la pretensión de la accionante. Solicita que en sentencia se declare: a) La ilegalidad y nulidad del Oficio No. 058 DEIB-01D01-UDTH-2016 de 10 de febrero del 2016 y suscrito por el lng. Diego Fajardo Vásquez en su calidad de Director del Distrito Educativo 01D01 Cuenca Norte.- b) Se disponga a los demandados el pago y cancelación de la correspondiente bonificación de jubilación en los términos de la LOSEP para cuyo efecto se considerará la remuneración básica unificada del trabajador privado que en el año 2015 es de $ 354,00 y el tiempo de servicios de la parte actora, a lo que deberá incluirse los intereses legales pertinentes.- c) El pago de daños y perjuicios de conformidad con el Art. 11 de la Constitución de la República.- En la especie, se evidencia que la ahora accionante, con fecha 31 de Enero de 2016, se dirige al señor Director del Distrito Educativo Intercultural y Bilingüe 01D01 de Cuenca, y le manifiesta, que en consideración a su separación del Ministerio de Educación, ª solicito se ordene y se disponga el pago de la*

bonificación e incentivo por jubilación constante en la disposición transitoria Vigésima Primera de la Constitución de la República y los Art. 128 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público y la liquidación de mis haberes, valores que hasta la presente fecha no me han sido cancelados".- El 10 de febrero de 2016, la autoridad a la que dirigió el pedido le contesta mediante oficio No. 058 DEIB-01D01-UDTH -2016, en el que, en lo pertinente, le manifiesta que, "...no cumple con lo establecido en el Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00158 de fecha 7 de junio del 2011, publicado en el Registro Oficial No. 467 de fecha 10 de junio de 2011, que refiere al procedimiento de estructura y ejecución del plan institucional, en las que las instituciones del Estado, se sujetarán a un procedimiento para renuncia voluntaria...".- NOVENA.- La Disposición Transitoria Vigesimoprimera de la Constitución de la República estableció que el Estado estimulará la jubilación de las y los docentes del sector público, mediante el pago de una compensación variable que relacione edad y años de servicio. El monto máximo será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado, y de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicios. La ley regulará los procedimientos y métodos de cálculo.- Esa Ley es la Ley Orgánica del Servicio Público, la que en su Art. 129 establece el beneficio por jubilación, con el siguiente texto: 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, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015 para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente.- De su parte, la Ley Orgánica de Educación Intercultural que rige para el Magisterio Nacional, en su Disposición General Novena, establece como estímulo para la jubilación de las y los docentes, que ª el Estado pagará por una sola vez las compensaciones económicas establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público para el efecto. Las y los docentes 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, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas

presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente, se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público.º .- El Reglamento a la LOSEP, establece en su Art. 108, que para que tenga efecto la cesación de funciones para acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; y cesación por retiro por jubilación, las Unidades Administrativas de Talento Humano, UATH, establecerán los planes de retiro voluntario y de jubilación, dentro de la planificación del talento humano, para el año en curso y el siguiente año del ejercicio fiscal, la que deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria.- La o el servidor que deseare acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización, o cesación por jubilación, deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos.- El reglamento de la LOSEP, en su Art. 285, establece las disposiciones para las compensaciones económicas e indemnizaciones, con el siguiente texto, ª 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 LOSEPº .- Esta misma norma en su Art. 288, dispone que 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.- DECIMA.- Las competencias del Ministerio de Trabajo en el ámbito de la LOSEP, están determinadas en su Art. 51, en donde, en su literal a) señala que ejercerá la rectoría en materia de remuneraciones del sector público, y expedirá las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos; al efecto, el Ministerio de Trabajo ha expedido el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-100, de fecha 14 de Abril de 2016, en el que fija las Directrices para los Procesos de Desvinculación de Servidores con el fin de acogerse al retiro por jubilación y, en consecuencia, recibir los valores determinados en el Art. 129 de la LOSEP, previo el cumplimiento del procedimiento especificado para este

fin, enfatizando que conforme al Art. 5 del Acuerdo Ministerial citado, ª las peticiones presentadas entre los meses de enero a abril de cada año, serán consideradas en el mismo año, y las presentadas entre mayo y diciembre se considerarán en la planificación del siguiente periodo fiscal.º .- En la Disposición General Cuarta del Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0100, se establece que ª las y los servidores que habiendo cumplido los requisitos para acogerse a la jubilación se hayan desvinculado de las instituciones públicas antes de la expedición del presente acuerdo sin recibir el pago del beneficio determinado en el Artículo 129 de la LOSEP, -como en este caso-, se incluirán, de oficio, en la planificación de cada institución del Estado, de acuerdo a lo determinado en el presente acuerdo.º

3.10 *Prima facie,* la causal alegada por el recurrente contempla los yerros de falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación de normas de derecho, causal distinta de aquella que está prevista en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que se refiere a normas de carácter procesal. Entonces, cada una de las causales previstas en el artículo 3 de la Ley de Casación tiene una finalidad específica y refutan un vicio en especial.

3.11 Esta Sala Especializada considera pertinente realizar las siguientes reflexiones para resolver el recurso de casación. Es importante recordar que bajo la causal alegada no cabe consideración respecto de los hechos, puesto que los mismos se aprecian como ciertos en la sentencia que se impugna. En el caso *in examine*, se desprende de la sentencia emitida que la señora Jimbo Bacuilima, el 31 de enero de 2016 presentó ante el señor Director del Distrito Educativo Intercultural y Bilingüe 01D01 de Cuenca una solicitud tendiente a que dicha autoridad educativa ordene y disponga el pago de la bonificación e incentivo por jubilación constante en la disposición transitoria Vigésima Primera de la Constitución de la República y los artículos 128 y 129 de la LOSEP y la liquidación de sus haberes que hasta esa fecha, según la accionante, no se habrían cancelado. En respuesta a esta solicitud, la autoridad educativa señala que no puede ser atendida de manera favorable, puesto que no cumple con lo establecido en el Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00158 de fecha 7 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial 467 de fecha 10 de junio de 2011, que refiere al procedimiento de estructura y ejecución del plan institucional, en las que las instituciones del Estado, se sujetarán a un procedimiento de renuncia voluntaria.

3.12. A modo de resumen, por una parte, la señora Jimbo Bacuilima buscaba acogerse al pago de la bonificación e incentivo de la jubilación al amparo de la disposición transitoria Vigésima Primera de la Constitución de la República y los artículos 128 y 129 de la LOSEP; y, por otra parte, la entidad educativa negó tal solicitud bajo el argumento que esta cartera de Estado no cuenta con un plan institucional que permita viabilizar tal pedido. Dicha negativa consta en el Oficio No. 058 DEIB-01D01-UDTH-2016, acto administrativo que fue objeto de impugnación en el Tribunal de instancia.

3.13 En este sentido, la entidad pública recurrente alega una errónea interpretación del artículo 7 del AM158, que señala: ª *De las renuncias no planificadas.- En los casos de las y los servidores públicos que no solicitaron su inclusión en el plan institucional anual de renuncia voluntaria o no fueron considerados en el plan institucional, pero debido a circunstancias personales, deben formalizar sus renuncias, éstas podrán ser aceptadas por la autoridad nominadora; sin embargo, el monto que percibirán en calidad de compensación por renuncia voluntaria, no planificada, será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo señalado en el artículo 10 de este Acuerdo, debiendo para el efecto cumplir los requisitos determinados en los literales b), c), d) e) y f) del artículo 8 de este acuerdo.º* Dicho acuerdo tiene como objeto establecer las regulaciones y monto para el reconocimiento de la compensación económica por concepto de renuncia voluntaria, legalmente presentada por la o el servidor público, y aceptada por la autoridad nominadora o su delegado y es de aplicación obligatoria en las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la LOSEP.

3.14 Para resolver sobre este yerro, esta Sala Especializada debe examinar si la norma declarada como infringida según la entidad recurrente, fue aplicada por el Tribunal de instancia y luego de aquello examinar cuál fue su interpretación. En el caso *sub judice,* dentro de la sentencia impugnada, el AM158 está recogido como parte de la argumentación de la entidad pública demandada, puesto que, con base a esta norma el Ministerio de Educación, en dese administrativa, negó la solicitud de la señora Jimbo Bacuilima, y que fue el mismo razonamiento que la entidad público utiliza en la sede judicial. Sin embargo, como se puede apreciar en los considerandos noveno y décimo de la sentencia interpelada, el Tribunal de instancia no aplica el AM158 sino el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0100 de 14 de abril

de 2016, publicado en el Registro Oficial Nro. 751 de 10 de mayo de 2016 (en adelante **ª AM0100º**), cuyo objeto es regular los requisitos y mecanismo para viabilizar los procesos de desvinculación de servidores y servidores que manifiestan su voluntad de acogerse al retiro por jubilación en las instituciones del Estado. Según el Tribunal de instancia, esta norma reglamentaria es la llamada a dar solución al problema jurídico suscitado entre la señora Jimbo Bacuilima y la entidad pública.

3.15 Es importante enfatizar, que la mera cita o referencia de una norma jurídica en la sentencia, no implica que dicha norma haya sido interpretada por el juzgador inferior, si de ello, no se desprende un ejercicio intelectivo que vislumbre el alcance y entendimiento que el juzgador le dio al momento de subsumir los hechos a la norma pertinente para la resolución a la cuestión controvertida, que es puesto en su conocimiento.

3.16 En este sentido, si el Tribunal de instancia no aplicó el artículo 7 del AM158; y, por lo tanto, no empleó ningún método de interpretación de dicha norma para resolver esta controversia, esta Sala Especializada, en virtud del principio dispositivo y de la debida técnica, no está en la posibilidad de analizar la situación propuesta sobre la base del yerro alegado, así como también, se encuentra impedida de reconducir los argumentos planteados a otro de los yerros contenidos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

3.17 La casación no es una tercera instancia que permita el debate y control, libre y abierto de la actividad jurisdiccional en la cuestión fáctica y probatoria. La casación es un recurso que se rige, entre otros, por principios reguladores tales como: dispositivo, debida técnica y limitación. El recurso de casación solo puede ser conocido y resuelto en la medida en que se denuncien los yerros o falencias reprochables, mediante los andariveles normativizados por el legislador, donde las facultades de esta Alta Corte también son limitados, al punto que en esta sede no opera el principio *iura novit curia*, lo que implica que el Tribunal de Casación se ceñirá al contenido de la demanda de casación, sin poder suplir las carencias o defectos del recurso, como ya lo dijimos anteriormente. Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada desecha el recurso de casación en cuanto se refiere al yerro de errónea interpretación del artículo 7 del AM158.

3.18 Por otra parte, la entidad recurrente señala que el Tribunal de instancia realizó una errónea interpretación de los artículos 56 de la LOSEP y 285 del RLOSEP en la sentencia impugnada. Al respecto, esta Sala Especializada aplicará el mismo razonamiento desarrollado en el apartado 3.15 de esta sentencia, puesto que el Tribunal de instancia no efectúa una interpretación de estas norma, es más solo aparecen, la primera, como una concordancia dentro de la cita textual del artículo 285 del RGLOSEP, y la sobre la segunda, no existe una interpretación como tal sino una referencia normativa. Como hemos podido observar a lo largo de este análisis, el Tribunal de instancia aceptó parcialmente la demanda con base en el artículo 129 de la LOSEP y en el AM0100.

3.19 Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada llega a la conclusión que el recurso de casación presentado por la entidad pública no puede prosperar, por este extremo.

IV.
DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA rechaza** el recurso de casación interpuesto por la Dirección Distrital de Educación 01D01 Cuenca Norte; y, en consecuencia, **no casa** la sentencia dictada el 11 de agosto de 2016, las 08h22, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, dentro de la causa signada con el No. 17741-2016-1165.- Sin costas ni honorarios que regular.- **Notifíquese y devuélvase.-**

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamnte por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 17741-2015-0764 RESOLUCION N° 773-2022

183591558-DFE

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 19 de agosto del 2022, las 16h30. **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, Iván Larco Ortuño e Hipatia Ortiz Vargas, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17741-2015-0764:

I. Conformación y Competencia de la Sala

i. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional.

ii. Esta Sala está integrada por los jueces nacionales 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 Nº. 008-2021 de 28 de enero de 2021;

b. La organización de las Salas Especializadas que realizó el Pleno de este organismo mediante Resolución Nº. 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 Nº. 115-P-CNJ-2021 y 113- P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

iii. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 2 de junio de 2021, constante a fojas 194 del expediente, el Tribunal competente para conocer este recurso de casación se encontraba conformado por los jueces nacionales: Milton Velásquez Díaz en calidad de ponente, Iván Larco Ortuño y Fabián Racines Garrido. No obstante, por licencia por enfermedad, el despacho del juez nacional Fabián Racines Garrido fue encargado a la conjueza nacional Hipatia Ortiz Vargas, mediante acta de sorteo de 17 de agosto de 2022, las 09h49, desde las 13h00 del 17 de agosto, hasta el 21 de agosto de 2022.

iv. En virtud de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal que suscribe la presente causa tiene potestad jurisdiccional y competencia para resolver el presente recurso acorde al numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación, vigente a la época en que se sustanció el recurso, y siendo el estado de la causa el de resolver, se considera:

II. Antecedentes

2.1 En fecha 29 de junio de 2006 los señores Alfredo Jaramillo Argüello y Oswaldo Bueno Villalobos ±en sus calidades de Gerente General de EDIFICAR S.A. y Presidente de Bueno & Castro Ingenieros Asociados Cía. Ltda., respectivamente-, propusieron una acción contencioso-administrativa en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas. En dicha acción, se demandó la devolución de multas indebidamente impuestas y realizar el cálculo y pago correspondiente al reajuste definitivo de precios de conformidad con la Ley de Contratación Pública, vigente a la época.

2.2 Mediante sentencia de 22 de marzo de 2011, a las 14h46, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, resolvió declarar con lugar la demanda, y ordenar la devolución de las multas impuestas. Sobre la mencionada sentencia, la

Procuraduría General del Estado interpuso el recurso de ampliación, mientras que la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas interpuso un recurso de casación.

2.3 Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el Tribunal de Conjueces Nacionales, el 9 de julio de 2012, a las 15h20, por medio de auto indicaron que el recurso de casación interpuesto por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas devino en extemporáneo.

2.4 Por medio de auto de nulidad de fecha 9 de junio de 2015, a las 14h24, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito declaró la nulidad a fojas 217, disponiendo que con la recepción del proceso del Tribunal de Conjueces: *ª a partir de la presente fecha, al haberse resuelto el pedido de ampliación de la sentencia dictada por este Tribunal, las parte pueden interponer los recursos que la ley les faculta, en ejercicio de su derecho a la defensaº* .

2.5 Declarada la nulidad y, a la vez que el tribunal *a quo* dispuso que la parte vencida se encontraba dentro de los términos para interponen los recursos que le franqueaba la ley, el 30 de junio de 2015 la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas interpuso el recurso de casación por las causales primera, segunda y tercera de la Ley de Casación.

2.6 Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el Conjuez Nacional doctor Iván Saquicela Rodas mediante auto de fecha 29 de septiembre de 2016, a las 14h33, admitió el recurso, exclusivamente en lo relacionado a los numerales primero y segundo del artículo 3 de la Ley de Casación.

III. Validez procesal

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

validez del mismo.

IV. Consideraciones de este tribunal

4.1 De los argumentos expuestos dentro del recurso de casación interpuesto, se observa que los cargos invocados son por las causales: i) primera, por falta de aplicación del artículo 83 de la Ley de Contratación Pública y por la falta de aplicación del artículo 1561 del Código Civil; y, ii) segunda, por falta de aplicación de los artículos 346 del Código de Procedimiento Civil y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

4.2 A continuación este Tribunal se dispone a resolver las dos causales admitidas, en el orden que corresponde, indicando para el efecto los vicios denunciados en lo relativo a nomas procesales, para finalmente examinar los vicios denunciados en relación a las normas sustantivas:

Análisis de la causal contenida en el numeral segundo del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 346 del Código de Procedimiento Civil y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

4.3 La casacionista fundamentó su recurso alegando que el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (CPC) fija las solemnidades sustanciales de los procesos, siendo uno de ellos la competencia. Además, que acorde al artículo 349 *ibidem*, dentro del proceso judicial la nulidad debe ser declarada de oficio, en caso de encontrarla. Ello dado a que el contrato materia del litigio contenía en el numeral No. 23.02 una cláusula arbitral que fue soslayada por los jueces y que de acuerdo al artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) los jueces del Tribunal *a quo* no debieron admitir a trámite la demanda ante la existencia de la misma. A esto, acota que la demandante no escogió la vía apropiada, debido a que la controversia debió ser conocida por un Tribunal de Arbitraje, acorde lo estipulaba el contrato.

4.4 Añade indicando que, si el juez carece de autoridad y potestad para conocer y juzgar el caso, su decisión, carece de validez y eficacia jurídica. Que el acuerdo de las partes no puede invalidarse por la voluntad de una de ellas. De esta manera se contraviene el artículo 76.7.k de la Constitución.

4.5 De tal forma que el planteamiento de la casacionista es que se declare la nulidad del proceso desde la calificación de la demanda, con el fin que el tribunal *a quo* se inhiba de conocer la acción por la cláusula arbitral.

4.6 Antes de pasar a resolver el cargo alegado, es necesario indicar que el yerro de *ª falta de aplicaciónº* se configura cuando el juzgador dejar de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que -de haberlo hecho- habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida [Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 323, juicio No. 89-99, 31 de agosto de 2000; No. 299, juicio No. 168-200, 19 de junio de 2001; No. 317, juicio No. 190-200, 31 de agosto de 2000. En el mismo sentido, véase: Manuel De La Plaza, La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218].

4.7 Aclarado el vicio alegado, es necesario referir la naturaleza de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual -acorde lo señala el maestro Calamandrei- trata de los errores *in procedendo* los cuales miran la inejecución (o cualquier otro vicio) de normas procesales [Piero Calamandrei, *La casación civil Tomo III* (Buenos Aires: El Foro, 2007), pág. 50]. Esto se refiere a que busca tutelar la aplicación de norma procesal en el *íter* entre aquello que se demanda, hasta cuando finalmente culmina el proceso. En esta línea de ideas (acorde a lo expuesto en el recurso de casación y la causal alegada) se revisará la falta de aplicación de normas procesales que vicien el proceso de una nulidad que resulte insanable, y que incidan en la decisión de la causa [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade y Asociados, 2005), pág. 116]. Pero, para que deba declararse, este cargo debe cumplir con un estándar mínimo con los siguientes elementos: el principio de tipicidad y el principio de trascendencia [*ibidem*], siendo necesarios para que pueda ser declarada la nulidad de acorde a esta causal.

4.8 Por tal, la nulidad como institución se compone de al menos dos principios claves: (i) el Principio de Especificidad, el cual exige que la nulidad denunciada deba estar debidamente contemplada en el

ordenamiento jurídico, es decir que *ª las causales de nulidad están señaladas específicamente en la leyº* [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 1ra Edición, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Andrade & Asociados, 2005, pág. 121]; y, (ii) el Principio de Trascendencia, que busca que la desviación acusada pueda tener incidencia en la defensa en el juicio [Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 5ta Reimpresión, Buenos Aires: Editorial B de *f*, 2020, 317], refiriéndose que: *ª La antigua máxima ª pas de nullité sans griefº recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantesº* [*ibídem*, 318].

4.9 La casacionista en la fundamentación de su recurso sostuvo que la nulidad debió darse por la falta de competencia del juez, debido a la cláusula arbitral estipulada en el contrato. De acuerdo a lo mencionado en el parágrafo 4.3, esta se da debido a que el Tribunal *a quo* carecía de competencia por lo estipulado en el contrato, infringiéndose el artículo 346 del CPC, por lo que debía declararse de oficio ±artículo 349 CPC- debido a la vinculación legal de la cláusula alegada con el artículo 7 de la LAM. Por ello, los dichos vertidos en relación al mentado cargo cumplen con el requisito establecido de la especificidad. Por otro lado, no se ha fundamentado en relación a la trascendencia del vicio denunciado.

4.10 Es necesario añadir que, a más de la falta del requisito mentado, la teoría proporcionada a este Tribunal *ad quem* no es plausible. Esto es debido a que, si bien es cierto el convenio arbitral obligan a las partes a acatar los laudos e impedir el conocimiento de la justicia ordinaria acorde lo manda el artículo 7 *ibidem*; de igual manera el artículo 8 *ibidem,* en su parte pertinente señala que: *ª(¼) Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral (¼)º* .

4.11 De la revisión de la sentencia recurrida y de la contestación a la demanda, en la parte que reproduce las excepciones planteadas, no se opone la excepción del convenio arbitral. Si no existe tal excepción se entiende que existe una renuncia tácita del convenio arbitral tal como lo dispone el mencionado artículo 8 *ibidem*. Por ello, no se estima que la tesis propuesta sea admisible.

4.12 Finalmente, no le deja de llamar la atención a este tribunal, la manera en que dentro del recurso propuesto en el acápite de *"V. LOS FUNDAMENTOS EN QUE SE APOYA EL RECURSO"*, en el literal a), se señaló que fundamentaba su recurso *"por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida,* ***falta de aplicación*** *o errónea interpretación"*. El único elemento que señalaba el tipo de vicio, era el énfasis sobre la *"falta de aplicación"*. Se recuerda a la parte recurrente que es necesario que en este recurso formal y extraordinario se haga una ilación concreta y expresa con los fundamentos necesarios del vicio acusado.

4.13 En vista que la casacionista no cumplió con el estándar de esta Sala para la casual segundo del artículo 3 de la Ley de Casación, así como no tener una tesis admisible dentro del cargo alegado, se rechaza el argumento propuesto por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas.

Análisis de la causal contenida en el numeral primero del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 83 de la Ley de Contratación Pública y 1561 del Código Civil.

a. Falta de aplicación del artículo 83 de la Ley de Contratación Pública.

4.14 La casacionista indica que el artículo 83 de la Ley de Contratación Pública establece que la recepción definitiva del contrato será suscrita siempre que no existan reclamaciones sobre el contrato. En el proceso transcurrieron todos los plazos legales desde la recepción provisional, hasta la recepción definitiva de la obra. Como la demandante no tenía reclamos, solicitó la suscripción de dicha acta. Por ello, el tribunal *a quo*, soslayó la aplicación de dicho artículo.

b. Falta de aplicación del artículo 1561 del Código Civil.

4.15 La casacionista sostuvo que el artículo 1561 del Código Civil dispone que el contrato es ley para las partes y que lo estipulado no puede invalidarse por la única voluntad de los contratantes, sino de

mutuo acuerdo. El tribunal *a quo* no tomó en consideración la norma jurídica que obliga a las partes a cumplir con las cláusulas del contrato.

4.16 La casacionista indica que no tomaron en cuenta la norma que obliga a las partes a cumplir con las cláusulas del contrato, como la undécima que es relativa a las multas. Por ello, manifiesta que en el procedimiento precontractual de la licitación se establecía que se construya con hormigón armado, dejando que la contratista presente modelos alternos. Fue la contratista la que presentó la construcción de muros postensados, por lo que era su responsabilidad los estudios topográficos de dicha construcción, además que estos muros tenían que construirse fuera del área de trabajo. Finalmente, los rubros de estos muros debían iniciarse en diciembre de 2003, e iniciaron recién en marzo de 2004 y que este retraso no puede imputarse al rediseño de la obra. Por ello, las multas han sido impuestas acorde a lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil.

c. Análisis de la causal primera de la Ley de Casación

4.17 Dentro de la causal primera por el vicio de *"falta de aplicación"* ±desarrollado en el parágrafo **4.6**- no basta solo con fundamentar y señalar el artículo sobre el cual se considera pesa un vicio en relación a la sentencia impugnada, sino que es necesario que cuando se fundamente el recurso de casación, se indique la norma precisa que ha sido violada y todas las que integran la proposición jurídica completa [Prieto Zenón, *Casación Civil* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1983) pág. 71].

4.18 Para comprender la esencia e importancia de la proposición jurídica completa, debemos atenernos, principalmente, a la estructura de las normas. En este sentido, toda norma jurídica de derecho contiene dos partes: i) una hipótesis y ii) una consecuencia jurídica. Entonces, la falta de una de estas dos partes, provoca que la norma se encuentre incompleta y, por lo tanto, deba ser completada -por el recurrente y en su momento oportuno- con otra norma o normas, de modo que se obtenga una proposición jurídica completa [Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolivar, 2005) pág. 199]. Es necesario para ello precisar que en el caso de la errónea interpretación, la casacionista debe proporcionar la correcta interpretación del artículo sustantivo del cual denuncia el vicio [*ibídem* 205].

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

4.20 Por ello, cuando alega que existió el vicio de:

> **4.20.1** Falta de aplicación del artículo 83 de la Ley de Contratación Pública describe de cómo se realizará la recepción definitiva y los términos en que esta debe darse, y los requisitos que esta debe tener para que pueda efectuarse. En este sentido no se ha explicado cuál es la consecuencia jurídica de las hipótesis contenidas en el mencionado artículo.

> **4.20.2** Falta de aplicación del artículo 1561 del Código Civil cuando dice que el contrato es ley para los contratos y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causales legales. De tal manera, dado que es un artículo cuyo contenido en meramente descriptivo ±al ser definitorio- le resulta evidente a los infrascritos que el artículo alegado no tiene una consecuencia jurídica por contener solo una hipótesis.

4.21 En vista que la casacionista no cumple con el estándar de esta Sala para la casual primera del artículo 3 de la Ley de Casación debido a que no cumple con la proposición jurídica de los vicios acusados en el recurso por falta de aplicación del artículo 83 de la Ley de Contratación Pública y por falta de aplicación 1561 del Código Civil por lo que se rechaza el recurso propuesto por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas.

V. Decisión

5.1 En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ***ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,*** rechaza el recurso de casación interpuesto por la abogada Gabriela Mendieta Jara, en su calidad de Procuradora Judicial del Ingeniero Alejandro Larrea Córdova, Gerente General y Representante Legal de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, y consecuentemente, no se casa la sentencia dictada el día 22 de marzo de 2011, a las 14h46, por Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA

CONJUEZA NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

185404414-DFE

Juicio No. 17741-2015-0764

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 13 de septiembre del 2022, las 10h38. **VISTOS:** Transcurrido el término concedido en el auto precedente, se resuelve lo siguiente:

I. Antecedentes procesales

1.1 El 19 de agosto de 2022, las 16h30, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la abogada Gabriela Mendieta Jara, en su calidad de Procuradora Judicial del Ingeniero Alejandro Larrea Córdova, Gerente General y Representante Legal de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas. Esta sentencia fue notificada el mismo día; y, en su contra, se interpuso recursos de aclaración y ampliación el 24 de agosto de 2022.

1.2 El 25 de agosto de 2022, las 16h22, el juez ponente dispuso que se corra traslado a la parte contraria con el recurso de aclaración y ampliación por el término de 48 horas. Transcurrido el tiempo concedido, y sin que se haya respondido a los recursos, corresponde que este Tribunal decida sobre la aclaración y ampliación interpuesta por la casacionista.

II. Solicitud de aclaración y ampliación

2.1 La casacionista indicó que: a) la cláusula arbitral fue soslayada por el tribunal *ad quem* si el artículo 1561 del Código Civil establece que el contrato es ley para las partes y la causal aplicada es la correcta debido a que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el contrato, esto que además fue solicitado como excepción la cláusula arbitral cuando se alega *ª falta de acto administrativoº* e *ª improcedencia de la acción formuladaº* ; b) se sirva a ampliar porque no fueron considerados los artículos 24.1 de la Constitución de 1998, 76.3 de la Constitución actual, 115 del Código de Procedimiento Civil y 349 *ibidem*; c) por qué si transcurrieron todos los plazos legales y las actas fueron suscritas sin ser impugnadas, el tribunal de instancia manifiesta que las multas impuestas se realización acorde a lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil, y que ello contradice la resolución, por lo que solicita que sea

aclarado, ya que la demandada fundamenta su recurso en el artículo 83 de la Ley de Contratación Pública y la consecuencia jurídica por la falta de dicha aplicación; d) las pruebas aportadas no fueron valoradas por el tribunal de instancia que es en lo que se basa la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se solicita que ello sea aclarado;

III. Análisis

3.1 *Oportunidad del recurso.*- Conforme el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, 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 19 de agosto de 2022 y el recurso fue presentado el 24 de agosto de 2022. Es decir, fue planteado oportunamente dentro de los tres días establecidos en el artículo 281 del CPC.

3.2 *Objeto de los recursos de aclaración y ampliación.*- Según el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil (CPC), la ampliación procede cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas; y, la aclaración, cuando exista oscuridad en la sentencia.

3.3 Bajo este escenario, se observa que la recurrente no ha fundamentado debidamente su recurso, mismo que será respondido de la siguiente manera:

a) La recurrente no indica si requiere una ampliación o una aclaración de la sentencia, bastándose en indicar que este Tribunal ha *ª omitido º* en pronunciarse sobre la cláusula arbitral, cuando en la sentencia de los parágrafos **4.3** a **4.13** se responde porque no es admisible la tesis propuesta por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación (LdC), por haber existido una *renuncia tácita* del convenio arbitral, en los términos en que se expuso;

b) Se le indica que dentro de la fundamentación del recurso de casación ni el artículo 24.1 de la Constitución del 1998, ni el artículo 76.3 de la CRE fueron argumentados dentro de las causales admitidas; por otro lado, la falta de aplicación del artículo 115

del CPC por la causal tercera del artículo 3 de la LdC fue inadmitida acorde a la admisión parcial del recurso que consta a fojas 1 del cuadernillo de casación por medio de auto de fecha 29 de septiembre de 2016, a las 14h33, suscrito por el conjuez nacional Iván Saquicela Rodas; finalmente, el artículo 349 del CPC sí consta considerado dentro de la sentencia en la ilación realizada por los infrascritos de los parágrafos **4.3** a **4.13;**

c) Sobre la solicitud de aclaración no se ha fundamentado qué pasaje o pasajes de la sentencia son ambiguos o confusos;

d) Finalmente, como ya se indicó en el literal b) de este parágrafo, este Tribunal de Alzada no podía pronunciarse sobre una causal inadmitida;

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, este tribunal resuelve **NEGAR** el recurso interpuesto por el abogado Patricio Valenzuela Mena, en su calidad de Procuradora Judicial del Ingeniero Alejandro Larrea Córdova, Gerente General y Representante Legal de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas contra la sentencia de 19 de agosto de 2022, las 16h30. En consecuencia, las partes deberán atenerse a lo dispuesto en la sentencia.- **Notifíquese.-**

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA
CONJUEZA NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS

FUNCIÓN JUDICIAL

183345836-DFE

Juicio No. 17811-2017-01258 RESOLUCION N° 775-2022

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 17 de agosto del 2022, las 14h13. **VISTOS: 1) AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el 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)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el 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. **c)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **d)** Agréguese al proceso y sus anexos presentados por Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR. e) Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17811-2017-01258**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1 El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia dentro de esta causa signada con el No. **17811-**

2017-01258, el lunes 6 de mayo del 2019, las 11h56, promovido por el Gerente General de la compañía TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A; en contra de la Empresa Pública PETROECUADOR y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la cual se acepta la excepción de improcedencia de la demanda alegada por los demandados. Por lo cual, no cabe que el Tribunal se pronuncie sobre la liquidación derivada de la terminación del contrato, la cual debe seguir lo prescrito en la Resolución de Terminación Unilateral y lo preceptuado en los artículos 64 e inciso quinto del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente a la fecha de la emisión del acto administrativo declarado legítimo. Sin honorarios ni costas que regular.

2.2 RECURSO: La Empresa Pública PETROECUADOR, parte demandada en el juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de dicha decisión judicial, sustentado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por los casos **primero** y **tercero**.

2.3 ADMISIÓN: El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de lunes 1 de febrero del 2021, las 10h07, admitió parcialmente a trámite el recurso interpuesto en base al artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por los casos: **primero,** únicamente por la errónea interpretación del artículo 326, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos y por el **tercero,** por citra petita.

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. Corresponde señalar que la audiencia de sustentación del recurso de casación fue realizada el día lunes 18 de julio de 2022, a partir de las 15h00, conforme los artículos 273 y 313 del COGEP; diligencia en la que el casacionista sustentó su recurso; habiendo la contraparte, ejercido su derecho de contradicción; para luego producirse la réplica y contraréplica de los pronunciamientos de las partes; finalmente, generado el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

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

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

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó, principalmente que:

> *V.- Motivación: 1.- En la presente causa, el objeto de la controversia se circunscribió a realizar el control de legalidad del acto administrativo impugnado; contenido en la Resolución Në PGG 2017369 de 14 de noviembre de 2017, emitida por EP PETROECUADOR, dando por terminado unilateralmente el contrato principal Në 2013001 y sus complementarios Në 2014013 y 2014061; para, de ser procedente, disponer la liquidación respectiva. Conforme quedaron de acuerdo las partes procesales es sobre estos aspectos, exclusivamente, que se pronunciará este Tribunal habida cuenta que por el principio dispositivo contenido en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, solamente podemos pronunciarnos sobre las pretensiones del actor y las impugnaciones del demandado so pena de provocar una sentencia ultra petita. Sin embargo, cabe indicar que el Tribunal realizará un control de legalidad de todo el procedimiento administrativo conforme lo exige el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos. Con esta introducción, corresponde partir de lo estatuido en el artículo 329 del Código*

Orgánico General de Procesos, que establece que todo acto administrativo goza de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad. Al tratarse de una presunción iuris tantum, al alegarse que el acto administrativo está viciado de ilegalidad que afecta a aquella presunción, es deber de la parte que alega dicha ilegalidad demostrarla fehacientemente. 2.- El primer argumento que ha planteado la actora respecto a la impugnación del acto administrativo, radica en indicar que tanto el contrato principal como los dos contratos complementarios terminados unilateralmente con dicho acto administrativo, no estaban sujetos al régimen común de la LOSNCP, sino que corresponden a los que se denominan contratos correspondientes al giro específico del negocio de la entidad; en consecuencia, la contratación se sujetará a la normativa interna sin considerar la LOSNCP y su Reglamento. En este sentido, es claro que en el caso que nos ocupa tanto el contrato principal se considera sometidos al régimen de giro específico del negocio toda vez que el artículo 2, numeral 8ë, de la LOSNCP, en concordancia, con el artículo 104, segundo inciso, del Reglamento a la citada Ley vigente a la fecha y publicado en el Registro Oficial Në 512 de 15 de agosto de 2011, de la suscripción de los contratos, establecen requerimientos específicos para su aplicación. El segundo inciso, reformado del citado artículo 104 del Reglamento a la LOSNCP, al hablar del giro específico del negocio, establecía: ª Para el efecto, la máxima autoridad de las empresa o sus delegados, remitirán al INCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal www.compraspublicas.gob.ec*.º En este orden de ideas, en el contrato principal consta en los numerales 1.5 y 1.6 de los Antecedentes, que el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP aprobó la solicitud de giro específico del Negocio. Por tanto, el procedimiento precontractual, exclusivamente, estaba sometido a la normativa interna de la entidad contratante como lo preceptúa, expresamente, el artículo 2, numeral 8ë, de la LOSNCP. Por tanto el proceso precontractual y su adjudicación se regirán por las normas específicas, caso contrario deberá someterse a la normativa general de la LOSNCP como lo*

complementa el artículo 104 del Reglamento a la LOSCNCP. En el presente caso, si bien el proceso precontractual ha sido llevado conforme el giro específico del negocio, la ejecución y terminación del contrato, al no tener una norma específica interna, alegada por las partes, debe observar y acoger los mandatos generales de la LOSNCP. Ya que el mismo citado artículo 104 del Reglamento, establece que rige solo para la fase precontractual al decir expresamente: ª Esta disposición no podrá ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley. Si a juicio del SERCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley.º ; tomando en cuenta que el Título III corresponde a la fase precontractual; pues el Título IV, en cambio habla de los contratos, su ejecución y liquidación. La doctrina administrativista ratifica que debe disminuirse al máximo la discrecionalidad de los procesos contractuales. ª Hay que notar que la administración pública es una organización compleja situada ante el derecho de una especial posición, de forma que solo puede actuar cuando la ley la habilita para ello y en los términos precisos de esa habilitación.º De ahí, que este régimen especial solamente rige para el procedimiento precontractual como ha delimitado la norma legal y no para el resto del tracto contractual, como el mismo contrato principal lo estipulaba en la cláusula décima quinta, numeral 15.1 al hablar de los contratos complementarios. 2.2.- Otra alegación de la actora, vertida con énfasis en la audiencia de juicio, se centra en que el valor del contrato principal y los dos contratos complementarios conforman un solo proyecto y por tanto no debe considerarse, para el cálculo del valor de los contratos complementarios solo el del contrato principal sino el de la totalidad. Además indican que hay que distinguir entre la adquisición de los materiales suministrados y la prestación de los servicios prestados. Al respecto, es claro que según el artículo 87, reformado y vigente a la fecha de la suscripción del contrato principal y sus complementarios, de la LOSNCP decía: ª Normas para la aplicación de los contratos complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder de treinta y cinco por ciento (35 %) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.º (R.O. Segundo Suplemento Në 100 de 14 de octubre de 2013) (Lo subrayado

corresponde al Tribunal) En el oficio Në GAF-123-2017 de 7 de marzo de 2017, la empresa TESCA dice al Gerente de Refinación de EP PETROECUADOR: ª Como ha sido de su conocimiento hemos mantenido reuniones de trabajo con el personal del Departamento Financiero de EPP para acordar la presentación de la Planilla de Avance, la misma que se mostrará de manera consolidada como si se tratara de un único proyecto, incluyéndose una única curva de avance.º (fjs. 1445 vta.) (Lo resaltado y remarcado corresponde al Tribunal) Esto demuestra que ni siquiera la misma empresa contratista tenía claro si se trataba de un único proyecto sino que para avanzar en el trabajo retrasado ª acordaban considerarloº como un solo proyecto; cuando hemos visto que eso no es así. Sobre todo, el segundo contrato complementario tiene menor relación con el objeto mismo del contrato principal; pues según el documento antes citado se determinó el número de tanques, objeto del contrato principal, en 17 mediante Oficio Në 06729-RDEF-REE-IRE-OTA-293 de 22 de febrero de 2013. (fjs. 1446) Por lo anterior, tampoco era factible contabilizar el plazo de los tres contratos como uno solo, como pretende la actora, sino como plazos independientes. Los cuales no fueron cumplidos según lo expuesto en el oficio Në 4857-CCI-OSC-2017 que dio origen al procedimiento de terminación unilateral del contrato. Bajo estas premisas es plenamente notorio que los valores de los contratos complementarios superan con exceso el valor del 35 % del valor total del contrato principal, infringiendo la norma legal antes citada. El contrato principal correspondía a un valor de $ 28©955.240,82 sin IVA; el primer contrato complementario asciende a $ 25©927.167,14 (2014013) y el segundo complementario tiene un valor de $ 63©988.351,39 (2014061). (fjs. 7, 40 vta. y 65) De esta manera se violenta la, ya mencionada cláusula 15.1 del contrato principal, así como, la norma invocada; donde no hace la distinción entre la adquisición de materiales y la prestación de servicios; por lo que no cabe tal separación planteada por la actora. Por otro lado, se indica que de darse este aumento hasta el porcentaje indicado debe requerirse aprobación de la Contraloría General del Estado, aspecto que no existe en el presente. 3.- Ahora corresponde centrarnos en el acto administrativo impugnado por la actora que es la Resolución PGG Në 2017369 de 13 de noviembre de 2017, sobre el que se centra el objeto de la controversia. (fjs. 1439 a 1441) En primer término, la actora indica que al momento de notificársele

con la resolución de terminación unilateral de los contratos, no recibió los informes que la ley exige. Sin embargo, la Procuraduría alegó y en la práctica de la prueba indicó que efectivamente existe una notificación de la resolución en donde consta una fe de recepción de parte de la actora, en donde no se hace constar la supuesta ausencia de los referidos informes; además que la actora se refiere a los mismos en su contestación de 7 de marzo de 2017, oficio Në GAF-123-2017, a la notificación del inicio de la declaratoria de terminación unilateral que obra a fojas 1445 de los autos. Por tanto, es claro no solo que tuvo conocimiento de la liquidación sino que la recibió como bien lo indicó la Procuraduría General del Estado, siguiendo lo dispuesto en el artículo 95 de la LOSNCP. 3.1.- El otro aspecto, que contiene la resolución impugnada que es objeto de alegación de la actora consiste en indicar que se le imputa el incumplimiento de la cláusula décimo segunda del contrato, referente a la Cesión de Contratos y Subcontratación. Se indica además, que la subcontratación ha superado el 30 % del monto total del contrato principal en violación del artículo 79 de la LOSNCP. La Resolución Në PGG Në 2017369 indica: ª Que el Administrador del Contrato, mediante Memorando Në 00145-OPEREE-MAN-PMR-2017 de fecha 14 de febrero de 2017, remitió al Gerente de Refinación y Subgerente de Operaciones de EP PETROECUADOR, el Informe Técnico-Económico del Contrato Në 2013001 y sus Complementarios Në 2014013 y 2014061, en el que señaló que la empresa TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S.A., no ha cumplido con el alcance del objeto contractual considerando que han transcurrido cuarenta y ocho (48) meses desde el inicio contractual, que subcontrató con las empresas PLAMERI S.A., JORGE VIVAR SERVICIOS DE INGENIERÍA MECÁNICA CÍA. LTDA., un monto de USD 55@79.343,15 que representa el 192,63 % de contrato principal, así mismo indica otros incumplimientos durante la ejecución del Contratoº (fjs. 1439) A partir de fojas 1639 a 1661 constan los documentos que hacen referencia al contrato Në 13-178 y a fojas 1663 vta. a 1666 de autos consta el contrato de prestación de servicios de construcción suscrito entre TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S.A. y PLAMERI S.A. por un valor total de $ 24@01.507, 11; que en sus cláusulas primera y segunda dice: ª PRIMERA.- ANTECEDENTES: 1) TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S.A. resultó adjudicataria del Contrato celebrado con EP PETROECUADOR para el proyecto

de ª REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO INTEGRAL DE TANQUES DE REFINERÍA DE ESMERALDASº , que para efectos de este Contrato se denominará ª PROYECTOº , 2) PLAMERI S.A. es una empresa dedicada a la prestación de servicios de construcción legalmente establecida en el Ecuador. SEGUNDA.- OBJETO: Con estos antecedentes, EL CONTRATANTE, contrata los servicios de LA CONTRATADA para garantizar el cumplimiento de los apartados:1.- Inspección de los tanques del PROYE CTO e identificación de los trabajos de reparación y mantenimiento a realizarse. 2.- Adquisición de los materiales y equipos necesarios para la adecuada reparación y mantenimiento de los tanques y partes de los mismos que se requieran. 3.- Ejecución de los trabajos necesarios de reparación y mantenimiento de los tanques y partes de los mismos que se requieran.º (fjs. 1663 vta.) Sin mayor esfuerzo, se evidencia que el valor de este subcontrato supera con creces el 30 % del valor total del contrato principal, incluso si tomamos en cuenta el valor de reajuste que consta a fojas 1681 vta. de los autos; supera lo permitido por el artículo 79 de la Ley Ibídem y 120 del Reglamento a dicha Ley. Consecuentemente, existe sustento fáctico de la resolución de terminación unilateral, en este sentido está debidamente motivada y acorde a la realidad procesal. Esto se vuelve más atrevido cuando se toman en cuenta los valores de la adenda al contrato con PLAMERI S.A. y el realizado con Jorge Vivar Servicios de Ingeniería de 10 de marzo de 2014 y 13 de marzo de 2013, respectivamente. (fjs. 1703) 3.2.- Adicionalmente, la actora aduce que la terminación unilateral es ilegal porque a la fecha de inicio del procedimiento administrativo la contratante estaba en mora de sus obligaciones. En este sentido, hay que tomar en cuenta que mediante oficio Në 08366-OPE-REE-MAN-PMR-2017 de 27 de marzo de 2017 dirigido a TESCA, se requirió información a la contratista los motivos por los que desde el día 13 de marzo de 2017 ha dejado de cumplir sus obligaciones requeridas por fiscalización. (fjs. 1672) TESCA ha demostrado que estuvo en cumplimiento del contrato según su oficio de 15 de febrero de 2017, es decir, antes del inicio del procedimiento de terminación unilateral del contrato. (fjs. 129) Cabe indicar que el 17 de febrero de 2017 se remitió la notificación de terminación anticipada del contrato principal y sus complementarios, referente a varios incumplimientos pero con mayor énfasis en la violación a la cláusula décima segunda del contrato

principal. (fjs. 1669 a 1673) En este sentido, queda claro para el Tribunal que los aspectos mencionados por la contratante, como fundamentos para la terminación unilateral del contrato, no han sido desvirtuados en este proceso judicial y menos una afectación legal. Por el contrario, ª El Administrador del Contrato, mediante Memorando Në 00145-OPE-REE-MANPMR-2017 de 14 de febrero de 2017, dirigido al Gerente de Refinación y subgerente de Operaciones, presenta el Informe Técnico Económico del Contrato Në 2013001 y sus Complementarios Në 2014013 y 2014061, en el que señala que la empresa TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A., no ha cumplido con alcance del objeto contractual considerando que han transcurrido cuarenta y ocho (48) meses desde el inicio contractual, que subcontrató con las empresas PLAMERI S.A., JORGE VIVAR SERVICIOS DE INGENIERÍA MECÁNICA CÍA. LTDA., un monto de USD 55.779.343,15 que representa el 192,63 % del contrato principal, así mismo indica otros incumplimientos durante la ejecución del contrato.º (fjs. 1669 vta.)

4.- La prueba pericial presentada por la actora, no es considerada por este Tribunal habida cuenta que el perito Luis Castillo, en la audiencia de juicio demostró falta de credibilidad e imparcialidad toda vez que faltó a la verdad bajo juramento, en el contrainterrogatorio realizado por la parte demandante. En el procedimiento oral no cabe la tacha de los testigos, razón por la que es a través del contrainterrogatorio que la contraparte ataca la credibilidad e imparcialidad del perito que tiene un tratamiento similar al de un testigo, conforme lo establecen los artículos 222 y 223 del Código Orgánico General de Procesos. ª En el sistema oral, del COGEP se elimina el sistema de tachas, ya que la desacreditación corresponde practicarla en el contra examen... (¼)¼ Es posible que éstos antecedentes de credibilidad que le pregunten al testigo tengan importancia al momento de juzgar el fondo de los hechos.º El perito expresó que no había planteado juicios contra EP PETROECUADOR y sus filiales; sin embargo, la parte demandada demostró la existencia de un proceso judicial iniciado por el perito en contra de PETROINDUSTRIAL, pese a que aseveró enfáticamente que no tenía juicios con esas entidades. Por este motivo, el Tribunal determinó falsedad de la declaración y de conformidad a lo prescrito en los artículos 182, 222 cuarto inciso y 223 del Código Orgánico General de Procesos dispuso oficiar a la Fiscalía General del

Estado. ª Cabe alegar falsedad del testimonio no solo cuando se ha faltado a la verdad en lo expuesto, sino también cuando se ha omitido intencionalmente una parte de los hechos que se conocen y esa omisión altera el sentido o las conclusiones de su declaración, e igualmente cuando el testigo narra hechos verdaderos, afirmando que los conoce, sin que esto sea cierto.º Por tanto, el Tribunal al encontrar falta de imparcialidad del perito no le ha otorgado valor probatorio alguno a su testimonio; sin embargo, el presente fallo se lo emite en atención a la revisión, que por el control de legalidad debe realizar, de los documentos que revisó el perito y que fueron practicados como pruebas por las partes procesales. Por otro lado, al establecer que no existe ilegalidad, y menos nulidad, alguna en el acto administrativo impugnado resulta infructuoso, para el análisis de este Tribunal, determinar los avances de obra o los valores de planillas supuestamente pendientes de pago, analizados en la prueba pericial presentada por la parte actora. Por lo que al haberse determinado la legalidad de la resolución de terminación unilateral del contrato principal y sus complementarios, el Tribunal no puede realizar liquidación alguna, sino que la entidad contratante debe continuar con el procedimiento administrativo establecido para la ejecución del acto administrativo impugnado. El inciso quinto del artículos 95 de la LOSNCP e incisos tercero y cuarto del artículo 146 del Reglamento General a la LOSNCP, son claros al determinar que es potestad de la entidad contratante la liquidación respectiva a fin de establecido el avance de obra requerir el pago de los valores pendientes de amortizar, respecto al anticipo, o posibles pagos pendientes a la contratista. En el caso sub júdice, además se ha determinado que los contratos complementarios fueron suscritos contra expresa prohibición legal por lo que en aplicación del artículo 64 de la LOSNCP, no cabe ningún tipo de indemnización a la contratista e incluso se debe determinar las responsabilidades de las autoridades que suscribieron dichos contratos. VI.- Resolución Por las consideraciones expuestas anteriormente, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA se rechaza la demanda planteada por TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A., aceptándose la excepción de improcedencia de la demanda alegada por los demandados. Por tanto, tampoco cabe que el Tribunal

se pronuncie sobre la liquidación derivada de la terminación del contrato, la cual debe seguir lo prescrito en la Resolución de Terminación Unilateral y lo preceptuado en los artículos 64 e inciso quinto del artículo 95 de la LOSNCP, vigente a la fecha de la emisión del acto administrativo declarado legítimo.- Sin honorarios ni costas que regular.- NOTIFÍQUESE.-ª .

7) FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:

El recurso interpuesto por la compañía recurrente, se admitió por los casos **primero y tercero** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7.1.1 Fundamentación del caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

TESCA señala que el numeral 1 del artículo 326 del COGEP ratifica que el administrado puede presentar una acción subjetiva sobre los actos que le afecten, que fue lo que la referida compañía habría realizado respecto de la liquidación, pero indica que si bien el Tribunal aplicó dicha norma para resolver sobre la Resolución de terminación unilateral, no extendió el alcance para resolver sobre la liquidación de los contratos. Menciona que se da una errónea interpretación de la norma indicada pues se la interpretó bajo el entendido que la misma posee alguna limitación respecto de la facultad judicial de revisar la liquidación que se realice a los contratos estatales; limitación que menciona implica un sentido distinto al que el legislador estableció en dicha norma, dejando a la compañía actora en indefensión.

7.1.2 Sobre el caso 1ero del artículo 268 del COGEP:

El caso primero del artículo 268 del COGEP, se refiere al vicio del auto o sentencia recurrida que se genera:

ª *Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no hay sido subsanada en forma legal*º .

La doctrina y los fallos expedido por las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia y por las que pertenecen a la actual Corte Nacional de Justicia, coinciden en señalar que: ª *Por medio de esta causal se impugna la inobservancia de las formas legales que garantizan*

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. En consecuencia, cuando una de las partes estima que existe motivo de nulidad que debe ser declarada, puede acceder a la casación a través de la causal¼º (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama ªEl recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacionalº. Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

Humberto Murcia Ballén, enseña *("Recurso de Casación Civil", 4ta. edición, Edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, pág. 275) que: "Por cuanto las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes, tienen individualidad propia y en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas un mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas¼º*.

7.1.3 La norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen trae varios elementos que deben ser enunciados:

a) Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas; es por ello que, respecto de una misma norma no puede alegarse sino uno de esos yerros (aplicación, indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); por consiguiente, si se escogen dos modos o tres, para denunciar la infracción de una misma norma, el recurso es absolutamente improcedente, por una evidente incongruencia y contradicción. Es indispensable por tanto que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

b) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; cabe entonces preguntar, en qué circunstancias pueden estar presentes estos dos institutos jurídicos que trae la causa; al respecto, se puede apreciar, sobre la nulidad que al caso es aplicable el principio jurídico de que sin texto no hay nulidad (*pas de nullité sans texte);* el cual está recogido en el Art. 107 del COGEP. Del mismo modo, en el caso de la denuncia de indefensión, definida como el hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho a defenderse dentro de un proceso judicial. Se impide la defensa cuando se imposibilita, se prohíbe, o se priva que la persona pueda exponer su posición en el juicio o presentar y actuar pruebas para justificar su derecho. Se restringe la

defensa en cambio, cuando se dificulta, se veda, se coarta o se obstaculiza ese derecho; a través de distintos medios, sean físicos, de autoridad o jurídico-procesales; imposibilitando el uso de los medios o haciendo que estos sean realmente insuficientes, para la finalidad perseguida por la persona que sufre esa acción o esa omisión.

Varias son las normas jurídicas que trae la Constitución ecuatoriana, orientadas a garantizar los derechos de defensa de las personas; así: Artículo 75 relativo al acceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, artículo 76 que contiene varias garantías al debido proceso; artículo 77; entre otros; varios de los cuales están desarrollados en varios cuerpos legales. Consecuentemente, cuando se denuncian los vicios relativos a esta causal, en la modalidad de indefensión, es indispensable que se establezca cuáles son los hechos o las omisiones que justificarían esa denuncia, remitiéndose igualmente a las normas jurídicas nacionales o convencionales que determinen ese vicio.

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

La **errónea interpretación** ocurre ª ¼ *cuando el precepto legal aplicado en la sentencia es el pertinente, pero se le da un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del Legislador. Tal situación es entonces una violación directa de la ley¼º* R.O. No. 238 5/enero/2001. Pág. 19º (citado por Tama Manuel. El recurso de Casación en la jurisprudencia nacional. Edilex. 2011. Pág.151).

7.1.4 Análisis y motivación:

La norma legal denunciada como infringida refiere el alcance efectivo que tiene la acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción y subjetiva, determinando que este mecanismo de impugnación por vía judicial, que se propone con el propósito de que se ampare los derechos del accionante que pueden haberse negado, desconocido, o no reconocido, total o parcialmente, por actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos.

El Tribunal de instancia identifica que el acto administrativo que ha sido impugnado por la acción presentada por la compañía TESCA Ingeniería del Ecuador S.A. está contenido en la Resolución administrativa, por la cual se da por terminado de manera unilateral los contratos

principal y complementarios, que unía a esta compañía con EP Petroecuador; determinando en el fallo la improcedencia de tal acción al estimar que el accionante no ha destruido la presunción de legalidad que recubre a la resolución impugnada; estableciendo la improcedencia de la petición encaminada a lograr la nulidad de la Resolución de terminación unilateral del contrato; y que, en consecuencia, es innecesario que el Tribunal analice la pretensión de liquidación de avance de obra y económica de las planillas que se denuncia como pendientes de pago; consideración que se la hace por estimar que la liquidación del contrato es una actividad que legalmente corresponde realizarla a la entidad contratante.

Es elemento fundamental del yerro de errónea interpretación de norma jurídica demostrar que en la decisión judicial, materia del recurso de casación, la norma denunciada como infringida haya sido usada por los juzgadores; lo cual en el caso no se ha producido ya que en el fallo reprochado, el Tribunal de instancia, no ha hecho aplicación del artículo 326.1 del COGEP; por consecuencia, no utilizó esa norma, mal puede haberla interpretado, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

7.2 Del caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

7.2.1 Fundamentación del caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

La recurrente alega que, en la demanda existían dos pretensiones diferenciadas. Primero, la impugnación de la Resolución de terminación unilateral de los Contratos; y, segundo, la liquidación de los Contratos. Por lo que considera que en base al principio de congruencia, el Tribunal Distrital debía pronunciarse respecto de ambas pretensiones. No obstante, señala que no sucedió y por tanto, el Tribunal Distrital habría vulnerado el principio de congruencia por no resolver respecto de una de las pretensiones de la actora, recayendo en el vicio de *citra petita*.

7.2.2 Sobre el caso tercero del artículo 268 del COGEP:

La causal invocada por el recurrente dispone como causal de casación:

> ª Cuando se haya resuelto en 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 controversiaº.

El caso en el que se sustenta el recurso de casación en análisis, es el que contiene el

denominado vicio de incongruencia, que es error *in procedendo* de la decisión judicial recurrida; sobre el cual se ha dicho:

> ª *La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia [...].*" (Resolución: 509 de 11 de octubre de 1999, R.O. 334 de 8 de diciembre 1999, juicio No. 38-98, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 3985, Quito, 26 de marzo de 2012).

El principio de congruencia que debe ser atendido en las resoluciones públicas, cuya violación es causal de casación contenida en la causal invocada, puede estar: *ª [¼] resumido en los siguientes principios jurídicos: sentencia debet ese conformis libelo ne eat judex, ultra, extra o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata, delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resueltoº (ibídem).*

7.2.3 Análisis y motivación:

En el presente caso existen, en la demanda, dos pedidos fundamentales: que se declare la nulidad de la declaración unilateral del contrato principal y de los complementarios, y, que se haga la liquidación económica y de avance de obras. Esta última exigencia procesal fue negada expresamente según consta del penúltimo párrafo de la sentencia, el cual está reproducido en el recurso de casación; por cons[illegible] pronunciamiento negativo a la petición, determina la impertinencia del pedido puesto que el Tribunal dejó establecido que ese procedimiento administrativo debe ser continuado, conforme a la Ley por la entidad pública contratante. Por consiguiente, no existe la *citra petita* que refiere el recurso, la cual se caracteriza por haberse omitido decidir uno de los puntos controvertidos, de modo que este modo de infracción no implica que pueda argüirse el desacuerdo con la decisión negativa que el juzgador de instancia ha emitido respecto de uno de los puntos en los que se trabó la Litis.

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamente por:
[illegible]
ARMIJOS CARDENAS

Debiendo dejarse establecido, de modo expreso, que la liquidación de los contratos administrativos se produce como consecuencia de la terminación unilateral del contrato o, en el caso de que se haya suscrito el acta de entrega recepción del correspondiente contrato; por manera que, en los dos casos, su trámite corresponde efectuarlo a la Administración contratante; la cual está obligada a comunicar al contratista el contenido de la liquidación de tiempos, técnica y económica que corresponda al caso, a fin de que la otra parte pueda ejercer su derecho de contradicción; pudiendo incluso oponerse a ella, sea por vía administrativa e incluso por vía judicial, de ser procedente.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza** el recurso de casación interpuesto por la compañía TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A; consecuentemente **NO CASA,** la sentencia expedida el lunes 6 de mayo del 2019, las 11h56**,** por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Actúe la Dra. Ivonne Marlene Guamaní León en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 1040-DNTH-2021-OQ.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 17811-2017-01258

187205681-DFE

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 5 de octubre del 2022, las 09h33. VISTOS:

a) Con escrito presentado el 24 de agosto de 2022, a las 16h18, la COMPAÑÍA TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S.A., solicitó aclaración de la sentencia emitida el 17 de agosto de 2022, las 14h13, señalando:

> *ª (¼) quien interpuso el recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 06 de mayo de 2019 por el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito fue Tesca. En ese sentido, solicitamos que aclaren el numeral 2.2 de la Sentencia y determinen que el recurrente en el presente caso es Tesca.*
>
> *En el numeral 7.2.3 de la Sentencia la Sala determinó que la Administración Contratante tiene la obligación de efectuar una liquidación de los Contratos objeto de este juicio, en los siguientes términos: En el presente caso existen, en la demanda, dos pedidos fundamentales: que se declare la nulidad de la declaración unilateral del contrato principal y de los complementarios, y, que se haga la liquidación económica y de avance de obras. Esta última exigencia procesal fue negada expresamente según consta del penúltimo párrafo de la sentencia, el cual está reproducido en el recurso de casación; por consecuencia hubo pronunciamiento negativo a la petición, determina la impertinencia del pedido puesto que el Tribunal dejó establecido que ese procedimiento administrativo debe ser continuado, conforme a la Ley por la entidad pública contratante.(¼). Debiendo dejarse establecido de modo expreso, que la liquidación de los contratos administrativos se produce como consecuencia de la terminación unilateral del contrato o, en el caso de que se haya suscrito el acta de entrega recepción del correspondiente contrato; por manera que, en los dos casos, su trámite corresponde efectuarlo ala Administración contratante; la cual está obligada a comunicar al contratista el contenido de la liquidación de tiempos, técnica y económica que corresponda al caso, a fin de que la otra parte pueda ejercer su derecho de contradicción; pudiendo incluso oponerse a ella, sea por vía administrativa e incluso por vía judicial, de ser procedente.(¼)*

b) Con auto de 06 de septiembre de 2022, el Juez ponente corrió traslado a la parte demandada para que se pronuncie sobre el referido pedido en el término de 2 días, quien en su contestación señala lo siguiente:

> *ª El artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos dice que la aclaración*

tendrá lugar en caso de sentencia oscura. Por su parte, el artículo 255 íbídem, ordena que el término para formular dicho recurso es de los tres (3) días siguientes a su notificación.

La sentencia que se pretende que se aclare, fue notificada el 19 de agosto de 2022, y el recurso presentado conforme consta de la providencia a la que hago referencia fue presentado el 06 de septiembre de 2022, es decir fuera del término dentro del que estaba facultado para hacerlo. Por lo que Señor Juez, el recurso es improcedente de atender.

Por otro lado, en el supuesto no consentido que se atendiese el recurso interpuesto, la sentencia emitida por esa Sala claramente dice:

"(...) *que se haga la liquidación económica y de avance de obras. Esta última exigencia procesal fue negada expresamente según consta del penúltimo párrafo de la sentencia, el cual está reproducido en el recurso de casación; por consecuencia hubo pronunciamiento negativo a la petición*, *determina la impertinencia del pedido puesto que el Tribunal dejó establecido que ese procedimiento administrativo debe ser continuado*, *conforme a la Ley por la entidad pública contratante. Por consiguiente, no existe la citra petita que refiere el recurso, la cual se caracteriza por haberse omitido decidir uno de los puntos controvertidos, de modo que este modo de infracción no implica que pueda argüirse el desacuerdo con la decisión negativa que el juzgador de instancia ha emitido respecto de uno de los puntos en los que se trabó la Litis. Debiendo dejarse establecido, de modo expreso*, *que la liquidación de los contratos administrativos se produce como consecuencia de la terminación unilateral del contrato o, en el caso de que se haya suscrito el acta de entrega recepción del correspondiente contrato; por manera que, en los dos casos, su trámite corresponde efectuarlo a la Administración contratante; la cual está obligada a comunicar al contratista el contenido de la liquidación de tiempos*, *técnica y económica que corresponda al caso*, *a fin de que la otra parte pueda ejercer su derecho de contradicción; pudiendo incluso oponerse a ella*, *sea por vía administrativa e incluso por vía judicial, de ser procedente.º* .

c) Agréguese al proceso el escrito, junto con sus anexos, presentados por la Procuraduría General del Estado, el 12 de septiembre de 2022, a las 16h34.

d) A fin de resolver sobre el referido recurso horizontal se considera:

TESCA INGENIERÍA DEL ECUADOR S.A., interpuso el recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 06 de mayo de 2019 por el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.

El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil señala: ª 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. (¼)º.

DECISIÓN

Se ACEPTA el recurso horizontal de aclaración planteado por la COMPAÑÍA TESCA INGENIERIA DEL ECUADOR S.A., al evidenciarse la existencia de un lapsus calami. En tal virtud, se aclara la sentencia dictada el 17 de agosto de 2022, las 14h13, por lo que en el considerando 2.2 de la Sentencia de 17 de agosto de 2022, las 14h13, en lugar de ª La Empresa Pública PETROECUADOR EPº; debe leerse ª La Compañía TESCA Ingeniera del Ecuadorº.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 17741-2016-0375 RESOLUCION N° 776-2022

183174528-DFE

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, martes 16 de agosto del 2022, las 08h31. **VISTOS**.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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

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

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

iv. 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.

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

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

FUNCIÓN JUDICIAL DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE Firmado por IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO C=EC L=QUITO CI 0601356215

vi. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 07 de febrero del 2022, constante a fojas 22 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), Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo 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.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil (en adelante ª Tribunal de instancia) expidió sentencia el 16 de febrero de 2016, las 10h58 dentro de la causa signada con el **No. 09801-2009-0845,** proceso que en la Corte Nacional de Justicia tiene el **No. 17741-2016-0375**, promovido por la ciudadana INGRID IMELDA PLUAS CHIPRE en contra del GOBIERNO MUNICIPAL DE LOMAS DE SARGENTILLO y PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**,** en la cual se aceptó la demanda, declarando la nulidad del hecho administrativo mediante la cual se cesó en sus funciones; y, ordena que la entidad demandada reintegre a la actora a las funciones que desempeñaba en el cargo de Asistente Administrativa de la Municipalidad de Lomas de Sargentillo hoy Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Lomas de Sargentillo, o en otro de similar naturaleza y remuneración en el término de cinco días, y que proceda con la liquidación y pago de los valores que por su remuneración dejó de percibir, más los intereses respectivos, desde su extrañamiento de la institución hasta la fecha de reintegro.

1.2.- El señor Segundo Navarrete Bueno y abogada Grecia Briones González, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Lomas de Sargentillo, respectivamente, parte denunciada en el proceso judicial de instancia, interpusieron recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundados en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrea Administrativa y artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.3.- El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 12 de noviembre del 2021, las 15h20, admitió a trámite el recurso de

casación interpuesto, por la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

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

II

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

2.1.- El Tribunal de instancia estimó en su parte expositiva del fallo impugnado, como base de su decisión principalmente, que la actora impugna la disposición verbal mediante la cual se la cesó de sus funciones que cumplía la Municipalidad de Lomas de Sargentillo en calidad de Asistente Administrativo. Habiéndose propuesto excepciones por parte de la autoridad demandada el Tribunal de instancia se pronunció respecto de cada una de ella. En la parte considerativa, el Tribunal de instancia expone que el problema central del proceso radica en determinar si la autoridad demandad ha adecuado su accionar al principio de legalidad.-Resolviendo finalmente, aceptar la demanda, declarando la nulidad del hecho administrativo mediante la cual se cesó en sus funciones; y, ordena que la entidad demandada reintegre a la actora a las funciones que desempeñaba en el cargo de Asistente Administrativa de la Municipalidad de Lomas de Sargentillo hoy Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Lomas de Sargentillo, o en otro de similar naturaleza y remuneración en el término de cinco días, y que proceda con la liquidación y pago de los valores que por su remuneración dejó de percibir más los intereses respectivos, desde su extrañamiento de la institución hasta la fecha de reintegro.

2.2.- La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, que han sido emitidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, así como por las Salas de las Cortes Provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los

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

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

2.4.- Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ª La Casación Civilº, sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala que: *ª como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio,*

sino en cuanto a su admisión, limitado a causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada ±excepcionalmente los actos de las partes± y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación.º (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 351)

III

ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

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

3.2.- Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que consiste en: *ªAplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.º* Al respecto, esta causal se refiere a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error *in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por ªfalta de aplicaciónº, es decir, se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión o por ªaplicación indebidaº de las normas, cuando ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por ªerrónea interpretaciónº, cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y, por tanto, la sentencia debe ser casada, porque declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en ªun error de existenciaº; la aplicación indebida entraña ªun error de selecciónº y, la errónea interpretación equivale aªun error del verdadero sentido de la normaº.

3.3.- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicado en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *ª Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrenteº*.

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

3.5.- Sobre la causal primera, el recurrente sostiene: *ª ¼ debemos señalar que la sentencia impugnada incurrió en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 228 de la Constitución de la República por un parte, así como del artículo 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa¼º*. Más adelante, la autoridad recurrente refiere: *ª ¼ el Tribunal inaplicó el artículo 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa LOSCA, al pretender que la actora sea separada de la institución a través de un procedimiento, como es el caso de un sumario administrativo, inobservando que tal procedimiento no procedía en tanto la actora no era una funcionaria de carrera, en virtud de que no participó en un concurso de oposición y méritos. Si el Tribunal Distrital hubiera aplicado las disposiciones a las cuales hemos hecho referencia, la decisión fuera formulada de forma totalmente distinta. Sin embargo, tanto el artículo 226 de la Constitución de la República así como el artículo 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrea Administrativa LOSCA, al haber sido inaplicadas generaron que la demanda sea aceptada a trámite¼º*. A decir de la institución recurrente, el Tribunal de instancia no consideró que la ciudadana Ingrid Imelda Pluas Chipre no era servidora de carrera al no haber cumplido con las fases y requisitos establecidos para el ingreso a la función pública, bajo la modalidad de nombramiento definitivo, conforme lo establece el artículo 228 de la Constitución de la República y 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

3.6.- El artículo 228 de la Constitución de la República, señala: *ª ¼El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora¼º*. La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en su artículo 94, precisaba lo siguiente: *ª ¼Requisitos para el ingreso.- Para el ingreso de los servidores a la carrera administrativa, además de cumplir con los requisitos previstos para el ingreso al servicio civil, se requiere: a) Demostrar capacidad mediante el procedimiento de evaluación de desempeño que fija esta Ley; b) Reunir los requisitos legales y reglamentarios exigibles para el desempeño del puesto; y, c) Haber aprobado el respectivo concurso de oposición y merecimientos. El servidor que haya cumplido con estos requisitos recibirá de la unidad de administración de recursos humanos correspondiente o de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, un certificado que acredite su condición de servidor público de carrera y que declare encontrarse en goce de todos los derechos y beneficios de la carrera administrativa y sometido a las obligaciones derivadas de la misma. Los certificados de carrera expedidos con anterioridad a la vigencia de esta Ley tendrán plena validez y efecto. Los efectos del certificado de carrera se pierden cuando el servidor ocupe puestos de libre nombramiento y remoción. El servidor que cumpla con los requisitos antes señalados, aunque no cuente con el certificado de carrera, queda amparado con las disposiciones de este Título¼º*. En este sentido, el casacionista refiere que uno de los requisitos esenciales para el ingreso de los servidores a la carrera administrativa se constituye en haber aprobado el respectivo concurso de oposición y merecimientos y que la señora Ingrid Imelda Pluas Chipre no los cumplió.

3.7.- De la revisión de los recaudos procesales, se evidencian los siguientes antecedentes: **i)** Ingrid Imelda Pluas Chipre, presenta su demanda ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de que: *ª ¼quede sin efecto la decisión verbal y unilateral de cesarme en mi puesto tomada por quienes tienen la representación legal del Gobierno Municipal de Lomas de Sargentillo, acto in jurídico en que se da ir concluida mi relación jurídica con la referida institución sin demostrar la causa legal, así como sin levantar el respectivo sumario administrativo, por así disponerlo el artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Y precisamente, al no haberse cumplido con lo prescrito en el mencionado artículo el acto recurrido es nulo, por así preverlo la propia Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa en su disposición general Octava¼º* **ii)** La autoridad demandada contestó la demanda en los siguientes términos: *ª ¼La actora INGRID PLUAS CHIPRE no es servidora de carrera, desde que para su nombramiento no se cumplieron los requisitos establecidos en el Art. 94 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSSCA), por tanto, no goza de las garantías que confiere*

los Arts. 25 y 96 ibídem¼º **iii)** El Tribunal de instancia al delimitar el objeto de la controversia, indicó lo siguiente: *ª ¼siendo evidente que para atender la impugnación se debe analizar si el acto conculcaba un derecho, fue expedido por autoridad competente, si contiene o no una decisión ilegal, en esencia se trata de determinar si la autoridad demandada ha adecuado su accionar al principio de legalidad que, como columna vertebral de las instituciones públicas, consigna el Artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador¼º* .

3.8.- En la especie, se verifica que el objeto de la litis estuvo dirigida al control de legalidad de la actuación administrativa que se reflejó de manera verbal, cuando la accionante fue cesada en sus funciones, tal es el caso, que el Tribunal de instancia verifica la no existencia de un acto administrativo que esté debidamente motivado y que contenga las razones por las cuales la funcionaria era cesada de su lugar de trabajo, concluyendo que a la hoy actora se le separó de sus funciones bajo ningún procedimiento, inclusive sin emitir acto administrativo alguno. Queda claro para esta Sala Especializada que el objeto de la discusión no fue si la funcionaria superó o no los requisitos que establecía la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa para obtener su nombramiento definitivo que consta en la Acción de Personal No. 739 de fecha 03 de enero del 2006; sin embargo, el Tribunal de instancia indicó a la autoridad demanda que debió hacer en caso de haber constatado que la funcionaria obtuvo su nombramiento definitivo omitiendo las formalidades establecidas para el proceso de ingreso a la función pública.

3.9.- Es importante mencionar que para el modo de infracción relacionado a la falta de aplicación de norma sustantiva, exige que el casacionista en su fundamentación, señale con precisión las razones por las cuales estima que la norma potencialmente infringida, era la llamada a dar solución al problema jurídico derivado de la verdad material que arroja el proceso, para que la subsunción entre esos hechos y la norma, permita arribar a esa solución que debe ser expresada ya en la parte resolutiva del fallo; lo cual significa además que el recurrente debe identificar cuál es la o las normas que el juzgador aplicó indebidamente en lugar de las omitidas, determinando las razones por las cuales el órgano judicial emisor de la sentencia usó esas disposiciones jurídicas; ya que solo de esa forma es posible, la sustentación lógico-jurídica que explique la trascendencia que el yerro tuvo, para que en la parte dispositiva de la sentencia, se haya decidido de una manera y no de aquel resultado que la aplicación de la norma omitida hubiere determinado.

3.10.- Es claro para esta Sala que este ejercicio necesario de la fundamentación no se encuentra presente en el escrito que contiene el recurso; más bien en él puede identificarse el desacuerdo que la parte casacionista tiene con la decisión judicial interpelada, el cual en lo sustancial dice que la señora Ingrid Imelda Pluas Chipre no ha realizado de manera previa a obtener su nombramiento definitivo un concurso de méritos y oposición, sin que este haya sido el objeto de la controversia; puesto que, como

bien indica el Tribunal de instancia, le correspondía verificar si la autoridad demandada ha adecuado su accionar al principio de legalidad; en este sentido, la Sala concluye que no se ha logrado justificar que las normas que se indica que han sido omitidas sean las llamadas a resolver el problema jurídico, razón suficiente para concluir con la improcedencia de esta causal.

V

DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada 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 REPÚBLICA rechaza** el recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Navarrete Bueno y abogada Grecia Briones González, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Lomas de Sargentillo; y, en consecuencia, **no casa** la sentencia dictada el 16 de febrero del 2016, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil , dentro del juicio No. 09801-2009-0845.-Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.-

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 17741-2016-1256 RESOLUCION N° 784-2022

183174235-DFE

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, martes 16 de agosto del 2022, las 08h28. VISTOS.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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

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

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

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

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

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

FUNCIÓN JUDICIAL DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE Firmado por IVAN RODRIGO LARCO ORTUNO C=EC L=QUITO CI 0601356215

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 20 de abril del 2021, a las 10:50, constante a fojas 16 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), Patricio Adolfo Secaira Durango; e Iván Rodrigo Larco Ortuño; 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.- En la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, que puso fin al juicio No. 09801-2010-0532, tramitado en recurso subjetivo o de plena jurisdicción en el que la actora, señora Idamisy Azucena Rodriguez León, solicitó que se declare la nulidad de la Resolución que consta en la Acción de Personal No. 029 del 5 de abril del 2010, emitida por la entidad demandada, se resolvió: *ª Al amparo de estas premisas, la acusación formulada a este respecto por parte demandante carece de fundamento ya que sus alegaciones no poseen la fortaleza probatoria que exige el primer inciso del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo según su artículo 77 para desvanecer el principio de legalidad y legitimidad de los actos administrativos . Ante esta deficiencia probatoria de la parte actora, es imposible aplicar el principio procesal de inmediación que se ajusta concatenadamente con el axioma judicial da mihi factum,dabo tibi ius, causa final de los órganos de administración de justicia como este Tribunal, cuya misión es la de mantener la paz social mediante la resolución heterocompositiva de conflictos respetando el Estado Constitucional de Derechos y justicia que rige en el Ecuador. Por lo expuesto el TRIBUNAL DISTRITAL No.2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN GUAYAQUIL, ª ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICAº rechaza la demanda de impugnación interpuesta por la señora IDAMISY AZUCENA RODRIGUEZ LEON, por sus propios derechos, contra la Ilustre Municipalidad de Pedro Carbo, hoy denominado Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Pedro Carbo por improcedente, y ratifica la legalidad del acto administrativo impugnado. Sin costas ni honorarios que fijas¼º*

1.2.- La señora Idamisy Azucena Rodriguez León, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil.

1.3.- El doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en calidad de Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de admisibilidad de 19 de junio del 2018, resolvió admitir a trámite el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

1.4.- En lo principal, la casacionista, bajo la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, plantea errónea interpretación del numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, bajo el siguiente argumento: *ª ¼ La interpretación que se le da al numeral 23 del Art. 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente en la época, es totalmente ERRONEA. Tan cierto es aquello, que por ninguna parte del presente proceso aparece algún indicio relativo a que a la mencionada empleada (actora) se le haya seguido algún expediente administrativo por algún acto de los que taxativamente se señala en los artículos 48 y 49 de la LOSSCA., como causal determinante de una SANCION de la naturaleza señalada por el ALCALDE. Por tanto, el error de hecho y de derecho no solo que lo cometió el ALCALDE al ª sancionarº sin ningún motivo a la demandante IDAMISY AZUCENA RODRIGUEZ LEON., sino que también lo ha cometido el TRIBUNAL JUZGADOR¼º .*

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

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

II

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

2.1.- El Tribunal de instancia estimó en la parte expositiva del fallo impugnado, como base de su decisión, principalmente, que la actora en el libelo de su demanda impugna la resolución contenida en la Acción de Personal No. 029 del 5 de abril del 2010, por el cual se resuleve destituirla del cargo que venía desempeñando en el Ilustre Municipio de Pedro Carbo. La parte actora señaló que la institución demandada, ha vulnerado sus derechos de servidor público y que ha transgredido garantías como la estabilidad y el debido proceso. En la parte considerativa, el Tribunal de instancia expone que la litis se centra en verificar si para la expedición del acto administrativo impugnado, la entidad demandada se sujetó o no al ordenamiento jurídico vigente. Resolviendo finalmente, rechazar la demanda de impugnación interpuesta por la señora Idamisy Azucena Rodríguez León por improcedente, ratificando así, la legalidad del acto administrativo impugnado. En el presente caso, este recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia emitida por el Tribunal de instancia el 23 de agosto de 2016, las 13h56 dentro de la causa signada con el No. 09801- 2010-0532, ha incurrido en el yerro acusado por el recurrente y admitido por el Conjuez Nacional, esto es, la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

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

2.4.- Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ªLa Casación Civilº, sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala que: *ª como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a su admisión, limitado a causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada ±excepcionalmente los actos de las partes± y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación.º* (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 351)

III

ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

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

3.2.- Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que consiste en: *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva."* Al respecto, esta causal se refiere a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error *in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por "falta de aplicación", es decir, se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión o por "aplicación indebida" de las normas, cuando ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación", cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y, por tanto, la sentencia debe ser casada, porque declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entraña "un error de selección" y, la errónea interpretación equivale a "un error del verdadero sentido de la norma".

3.3.- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicado en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *"Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*.

3.4.- En este orden de ideas, Santiago Andrade Ubidia, en su obra "La Casación Civil en el Ecuador", señala que: *"En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos*

que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque no se ha aplicado la que corresponda o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivoº (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 182).

3.5.- El casacionista afirma que existe una errónea interpretación del numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual refería: *ª ¼ Son deberes y atribuciones del alcalde. 23.- Designar y remover con causa justa a los directores, procurador síndico y tesorero municipal. Podrá así mismo, designar y sancionar hasta con la destitución a los demás funcionarios y empleados de la administración municipal, de acuerdo con la ley¼ º* .

3.6. Al respecto, Luis Armando Tolosa Villabona señala que la errónea interpretación: *ª Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularloº* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia).

3.7.- El recurrente al fundamentar el yerro alegado, indica: *ª ¼ La interpretación que se le da al numeral 23 del Art. 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente en la época es totalmente errónea. Tan cierto es aquello, que por ninguna parte del presente proceso aparece algún inicio relativo a que a la mencionada empleada (actora) se le haya seguido algún expediente administrativo por algún acto de los que taxativamente se señalan en los artículos 48 y 49 de la LOSSCA., como causal determinante de una SANCIÓN de la naturaleza como la señalada por el ALCALDE. Por tanto el error de hecho motivo (sic) a la demandante señora IDAMISY AZUCENA RODRIGUEZ LEON., sino que también lo ha cometido el Tribunal Juzgador¼ º* . A criterio del casacionista, existió una errónea interpretación del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que si bien es cierto confería a los alcaldes la atribución de sancionar con destitución a los funcionarios y empleados de la administración del municipio conforme a la ley. Sin embargo, indica que la destitución de su cargo que mantenía en la Ilustre Municipalidad de Pedro Carbo no se llevó a cabo conforme la legislación que se encontraba vigente, por cuanto, no existió un sumario administrativo iniciado en su contra que resuelva su destitución del cargo que ostentaba en la

municipalidad.

3.8.- Es necesario también señalar que para la procedencia de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la casacionista debe también demostrar, entre otros aspectos, la trascendencia del vicio acusado, *ª pues los errores sin trascendencia no son causal para casar el fallo, sino aquellas violaciones de la ley que tengan graves repercusionesº* (Resolución No. 89-2001 de 02 de marzo de 2001 dictada dentro del juicio No. 168-98, publicada en el Registro Oficial 323 de 10 de mayo de 2001).

3.9.- En relación al yerro alegado y de la revisión de los recaudos procesales, esta Sala evidencia los siguientes antecedentes: la accionante en el libelo inicial, indicó que desde el 1 de septiembre del 2003 desempeñó el cargo de asistente administrativo del Departamento de Finanzas de la Ilustre Municipalidad de Pedro Carbo conforme la acción de personal No. 00123 del 1 de septiembre del 2003, por el cual se le otorgó el nombramiento regular; sin embargo, con fecha 5 de mayo del 2010 mediante Acción de Personal No. 029 el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pedro Carbo a través de su Alcalde resuelve destituirla del cargo, en los siguientes términos: *ª ¼en uso de las (sic) en uso de sus deberes y atribuciones, que le confiere los Art. 69 numeral 23 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y de conformidad con la resolución dictada dentro del sumario Administrativo N° 002-JRH-2010,* ***RESUELVE:*** *Destituir, a la señora Idamisy Azucena Rodríguez León, del cargo y funciones de Asistente Administrativa del Departamento de Tesorería, Unidad Financiera del Gobierno Municipal Autónomo de Pedro Carbo, que venía desempeñando¼º ,* en ese sentido la pretensión de la accionante fue: *ª se declare la nulidad del acto administrativo impugnado, así como se ordene mi reintegro a mi puesto de trabajo en el I. Municipio del Cantón Pedro Carbo de la Provincia del Guayas; y, el correspondiente pago de las remuneraciones que he dejado de percibir desde la fecha que se produjo mi cesación del trabajo hasta cuando se me reintegre a mis funciones¼º ,* puesto que, la demandante señala: *ª nunca he sido sancionada ni por la más mínima contravención durante los seis años, siete meses y cuatro días que laboré de manera ininterrumpida para la I. Municipalidad de Pedro Carbo¼º* . Por lo tanto, el objeto principal del litigio debió centrarse en el análisis de si la destitución de la señora *Idamisy Azucena Rodriguez León* fue legal y legítima.

3.10.- El ingeniero Ignacio Figueroa González y la abogada Patsy Tabares, en sus calidades de Alcalde y Procuradora Síndica del cantón Pedro Carbo, presentaron su contestación a la demanda con fecha 17 de noviembre del 2011, en la que propusieron algunas excepciones en defensa de las

presunciones de legalidad y legitimidad del acto administrativo, adjuntando la acción de personal impugnada y solicitando que al momento de dictar la resolución, se declare sin lugar la demanda contencioso administrativa.

3.11.- El Tribunal de instancia, el 9 de abril del 2015, las 10h47, por considerar que existen hechos que debieron probarse, aperturó el término probatorio de diez días, de conformidad al artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el fin de que las partes procesales soliciten la práctica de elementos probatorios en defensa de sus intereses. En el presente caso, se verifica que el accionante en su escrito de prueba presentado el 20 de abril del 2015, solicitó: *ª ¼Que se digne disponer atento Oficio al señor Jefe de Talento Humano del I. Municipio del cantón Pedro Carbo, a fin de que previa revisión de los archivos correspondientes a su cargo, y dentro de término perentorio, se digne enviar a su Judicatura, copia certificada del Expediente donde se trató lo relativo a mi DESTITUCIÓN como empleada del indicado Municipio¼º*. De la revisión del proceso se colige que la autoridad administrativa no ha remitido al Tribunal de instancia el expediente administrativo relativo a la destitución de la señora Idamisy Azucena Rodriguez León. Asimismo, se ha solicitado que vía informe el Gad Municipal del cantón Pedro Carbo conteste el cuestionario formulado en escrito de fecha 20 de abril del 2015, entre las preguntas realizadas se encuentra la siguiente: *ª ¼Digan los informantes previa revisión de los archivos correspondientes, que en el Municipio actualmente representan, jamás se instruyó Sumario Administrativo Disciplinario en mi contra por la comisión de alguna acción que ameritara se dicte una medida sancionatoria¼º*, tampoco se ha dado contestación al mencionado cuestionario formulado por el accionante.

3.12.- El considerando séptimo de la sentencia impugnada, indica: *ª ¼Por lo tanto la litis se centra en verificar si para la expedición del acto administrativo impugnado, la entidad demandada se sujetó o no al ordenamiento jurídico vigente. La entidad accionada en su contestación a la demanda, manifiesta que para la destitución de la hoy demandante se siguió la correspondiente acción disciplinaria, respetando el derecho a la defensa y la seguridad jurídica, cumpliendo con el procedimiento establecido en los artículos 80, 84 y siguientes del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en concordancia con los numerales 23, 24 y 25 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente a la fecha de la expedición del acto administrativo impugnado y que por lo tanto existe un acto administrativo firme que cumple con todos los requisitos legales. Dentro del término correspondiente, la actora no logra demostrar de modo fehaciente ni suficiente que el acto administrativo materia de impugnación sea ilegal o*

arbitrario¼º. El Tribunal recalca la obligación que tiene el administrado de desvirtuar las presunciones de legalidad y legitimidad del acto administrativo; sin embargo, no tomó en cuenta que el accionante en el proceso judicial solicitó dentro de la etapa probatoria que la autoridad demandada se pronuncie sobre la existencia o no del sumario administrativo que concluyó en su destitución al ser una funcionaria con nombramiento regular, conforme obra de la documentación adjunta al proceso, lo cual hace colegir la no existencia del mismo.

3.13.- El Tribunal de instancia realiza una errónea interpretación del numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, puesto que dicha disposición jurídica debió interpretarse de acuerdo a la modalidad laboral que ostentaba la demandante en la municipalidad y que la destitución impugnada debía sujetarse a la Ley Orgánica de Carrera Civil y Administrativa y su Reglamento, vigente al momento de la destitución de la funcionaria.

3.14.- Esta Sala ya ha indicado que cuando se alega la errónea interpretación de norma jurídica, 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 de ella hizo el Juez, identificando qué método interpretativo ha sido usado por éste; **iv)** 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; **v)** para luego, establecer cómo debió interpretarse la norma jurídica infringida, qué método debió usarse para ese objeto en lugar del utilizado por el juzgador que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción.

3.15.- En el presenta caso, la casacionista identificó al numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal como la norma sustantiva infringida y que la misma es la norma pertinente para dar solución al caso, que ha sido interpretada sin tomar en cuenta que el proceso de destitución debió regirse a la Ley Orgánica de Carrera Civil y Administrativa y su Reglamento, puesto que la demandante fue una funcionaria con nombramiento regular conforme la acción de personal No. 0123 de 1 de septiembre del 2003.

3.16.- Es necesario también señalar que para la procedencia de la causal primera del artículo 3 de la

Ley de Casación, la casacionista debe también demostrar la trascendencia del vicio acusado, *ª pues los errores sin trascendencia no son causal para casar el fallo, sino aquellas violaciones de la ley que tengan graves repercusionesº* (Resolución No. 89-2001 de 02 de marzo de 2001 dictada dentro del juicio No. 168-98, publicada en el Registro Oficial 323 de 10 de mayo de 2001).

3.17.- El recurrente en su escrito de fundamentación del recurso no discute sobre la indebida o falta de aplicación del numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, puesto que, de la lectura de la sentencia sujeta de análisis, la norma es utilizada para resolver la litis. La discusión que propone el recurrente se centra en que el Tribunal de instancia da al numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal un alcance que no tiene y se aparta de la interpretación que el legislador ha dado sobre la respectiva disposición jurídica; y, por esta errónea interpretación alegada se ha llegado a una conclusión equivocada sobre la declaratoria de la legalidad del acto administrativo impugnado; puesto que a criterio del accionante no existe un sumario administrativo seguido en su contra por algún acto de los que se señalaban en los artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa. Por lo que, a criterio de esta Sala la casacionista ha demostrado la trascendencia del vicio, permitiendo que el recurso de casación prospere por este extremo.

IV

SENTENCIA DE MÉRITO

4.1. De conformidad al artículo 16 de la Ley de Casación, que señala: *ª ¼Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto¼.º ,* esta Sala emite la sentencia correspondiente, en los siguientes términos:

4.1.1. De manera previa a resolver lo que en derecho corresponde, es importante referir los siguientes antecedentes: **(i)** La señora Idamisy Azucena Rodríguez León, indica que de conformidad a la acción de personal 00123 de 1 de septiembre del 2003, prestó sus servicios a la I. Municipalidad del cantón Pedro Carbo de la Provincia del Guayas, en calidad de Asistente Administrativo del Departamento de Finanzas. **ii)** Mediante acción de personal No. 029 el 05 de mayo del 2010 se le notificó con la destitución de su cargo, en los siguientes términos: *ª ¼en uso de las (sic) en uso de sus deberes y atribuciones, que le confiere los Art. 69 numeral 23 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y de*

conformidad con la resolución dictada dentro del sumario Administrativo N° 002-JRH-2010, ***RESUELVE:*** *Destituir, a la señora Idamisy Azucena Rodríguez León, del cargo y funciones de Asistente Administrativa del Departamento de Tesorería, Unidad Financiera del Gobierno Municipal Autónomo de Pedro Carbo, que venía desempeñando¼º,* en ese sentido la pretensión de la accionante fue: *ª se declare la nulidad del acto administrativo impugnado, así como se ordene mi reintegro a mi puesto de trabajo en el I. Municipio del Cantón Pedro Carbo de la Provincia del Guayas; y, el correspondiente pago de las remuneraciones que he dejado de percibir desde la fecha que se produjo mi cesación del trabajo hasta cuando se me reintegre a mis funciones¼º*. **iii)** La actora manifiesta que nunca ha sido sancionada por la más mínima contravención durante el tiempo que ejerció sus funciones en la institución demandada, solicitando: *ª ¼que en Sentencia se declare la nulidad del acto administrativo impugnado, así como se ordene mi reintegro a mi puesto de trabajo en el I. Municipio del Cantón Pedro Carbo de la Provincia del Guayas; y, el correspondiente pago de las remuneraciones que he dejado de percibir desde la fecha que se produjo mi cesación del trabajo hasta cuando se me reintegre a mis funciones¼º*.

4.1.2. El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pedro Carbo y la Procuraduría General del Estado contestaron la demanda, deduciendo las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, improcedencia de la acción, falta de derecho de la actora para proponer la demanda y cosa juzgada; sin embargo, ya fueron resueltas en la sentencia interpelada; por lo tanto, esta Sala se apega a los criterios vertidos en relación a las excepciones planteadas.

4.1.3. El objeto de la controversia se centra en verificar si la sanción de destitución contenida en la Acción de Personal No. 029 de fecha 05 de mayo del 2010 fue impuesta conforme el ordenamiento jurídico vigente. En el presente caso, se verifica que, por un lado, la accionante indica que al haber obtenido su nombramiento regular, para su destitución debía haberse instituido un procedimiento administrativo en su contra que permita concluir en la destitución del cargo que ocupaba en la municipalidad. A criterio de la recurrente nunca se le ha instaurado algún expediente administrativo en su contra que contenga como sanción la destitución del cargo, como indica el texto de la acción de personal impugnada. Por lo que, en la etapa probatoria el actor solicitó diligencias con la finalidad de que el expediente administrativo sea recabado y enviado al Tribunal de instancia para que sea sujeto del control de legalidad por parte de los jueces. En relación a esta solicitud, del cuaderno procesal de instancia, se verifica que la autoridad demandada no ha dado contestación alguna a los requerimientos

que se efectuaron en la etapa probatoria y no envió el expediente administrativo que sirvió como antecedente para destituir a la funcionaria del lugar de trabajo, conforme indicaba el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

4.1.4. La Sala constata que la actora ejercía el puesto de Asistente Administrativa en la Ilustre Municipalidad de Pedro Carbo a partir del 1 de septiembre del 2003, con nombramiento regular, que según la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa en su artículo 18, los definía como: *ª¼aquellos que se expidan para llenar vacantes mediante el sistema de selección de personal previsto en esta Ley¼º,* en ese sentido, el proceso de destitución de la referida funcionaria, debió apegarse a lo dispuesto en el numeral 23 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en concordancia con el artículo 77 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, el cual manifiesta: *ª¼La destitución del servidor público constituye la máxima sanción administrativa dentro del sector público; será impuesta únicamente por la autoridad nominadora, con posterioridad al sumario administrativo respectivo, y fundamentada en las causales señaladas en el artículo 50 de la LOSCCA y en el ordenamiento jurídico vigente. En el caso de reincidencia dentro de un período de doce meses consecutivos, en el cometimiento de cualquiera de las causales sancionadas con suspensión temporal sin goce de remuneración, el servidor será destituido de su puesto con arreglo a la ley¼.º,* y, conforme lo dispuesto en los artículos 80 y 84 ibídem, normas que referían que de forma previa a sancionar a los funcionarios que hayan adecuado su conducta a alguna de las faltas disciplinarias indicadas en la norma, debía seguirse el correspondiente sumario administrativo que permita concluir como sanción la destitución del cargo.

4.1.5. De la revisión de los recaudos procesales se evidencia que la autoridad demandada el momento en que expidió el acto administrativo impugnado contenido en la acción de personal No. 029 de fecha 05 de mayo del 2010, indicó como antecedente una resolución dictada dentro del sumario administrativo No. 002-JRH-2010 que resuleve destituir a la accionante; sin embargo, de autos no consta el sumario administrativo referido y necesario para que el Tribunal pueda efectuar el control de legalidad de dicha actuación administrativa. Si bien es cierto, el acto administrativo se presume legítimo y es el accionante quien debe destruir esa presunción del cual goza el acto administrativo que se ha impugnado; en ese sentido, se observa que la actora solicitó como prueba algunas diligencias que permitan establecer la existencia o no del sumario administrativo, la institución accionada no ha dado contestación a dichos requerimientos, lo cual permite llegar a la conclusión de lo que acertadamente indica la accionante, que previo a su destitución al ser una funcionaria con

nombramiento regular no existió procedimiento disciplinario en su contra, lo cual sin este antecedente, permite colegir que el acto administrativo no es legítimo; por cuanto, no se han observado los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico vigente para la imposición de la sanción de destitución a la funcionaria.

V

DECISIÓN

5.1. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada 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 REPÚBLICA acepta** el recurso de casación interpuesto por la señora IDAMISY AZUCENA RODRÍGUEZ LEON; y, en consecuencia, **casa** la sentencia dictada el 23 de agosto de 2016, las 13h56, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio No. 09801-2010-0532.- Sin costas ni honorarios que regular.

5.2. En mérito de lo expuesto, se acepta la demanda interpuesta por la señora Idamisy Azucena Rodríguez León en contra de la I. Municipalidad de Pedro Carbo, actualmente Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Pedro Carbo y Procuraduría General del Estado; y, se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, contenido en la Acción de Personal No. 029 de fecha 05 de mayo del 2010. Como consecuencia de aquello, se dispone la restitución al cargo que ocupaba la accionante cuando se produjo su separación de la I. Municipalidad de Pedro Carbo en el término de cinco días; y, se ordena la cancelación de todas las remuneraciones y beneficios legales que dejó de percibir la accionante, desde su separación hasta la fecha de su efectivo reintegro.

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS

FUNCIÓN JUDICIAL

183218750-DFE

Juicio No. 09801-2013-0608 RESOLUCION N° 786-2022

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, martes 16 de agosto del 2022, las 12h25. **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 e Iván Larco Ortuño, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa Nº. **09801-2013-0608**:

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:

1.1.1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución Nº. 008-2021 de 28 de enero de 2021;

1.1.2. 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,

1.1.3. 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.

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 2 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 e Iván Larco Ortuño.

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

FUNCIÓN JUDICIAL DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE Firmado por IVAN RODRIGO LARCO ORTUNO C=EC L=QUITO CI 0601356215

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

II. Antecedentes

2.1. El 27 de septiembre de 2013, HOLCIM AGREGADOS S.A. (ª HOLCIMº) presentó un recurso subjetivo contra la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM y la Procuraduría General del Estado para que se declare el silencio administrativo positivo producido a su favor, al no haberse resuelto oportunamente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 067-ARCOM-CGEEM-SLCM-ME-2013 emitida el 30 de julio de 2017 por la ARCOM, donde se reliquidaron las regalías que debía pagar por explotación minera. Adicionalmente, solicitó que se deje sin efecto el acto administrativo contenido en el Oficio OF-321-ARCOM-G-CR-2012, donde la ARCOM se pronunció expresamente sobre el referido recurso de apelación, rechazándolo y contradiendo el acto presunto producido por silencio administrativo positivo. Por último, pidió que se deje insubsistente la reliquidación de regalías.

2.2. Mediante sentencia de 19 de febrero de 2019, las 11h06, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil (ª TDCAº) rechazó la demanda. Inconforme con lo resuelto, HOLCIM interpuso recurso de casación el 21 de mayo de 2019.

2.3. Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación fue admitido el 17 de diciembre de 2020, las 9h40, por el Conjuez Nacional Jaime Enriquez Yepez; y, este fue sorteado electrónicamente al presente tribunal el 2 de junio de 2021.

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

4.1. El recurso de casación fue admitido por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Esta contiene la llamada *violación directa* de la ley sustantiva o de la doctrina legal y se configura en tres supuestos:

4.1.1. *Falta de aplicación:* Cuando el juzgador dejar de aplicar el caso controvertido

normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

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

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

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

4.2. En el presente caso, HOLCIM alega la *errónea interpretación* de los artículos 28 de la Ley de Modernización del Estado y 177.2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ª ERJAFEº), así como la *falta de aplicación* del artículo 130 del ERJAFE. En ese orden, se analizarán los yerros invocados por la compañía casacionista.

1. Errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado

4.3. El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado dispone:

> **Art. 28 Ley de Modernización del Estado:** DERECHO DE PETICIÓN.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a

> pedido del interesado, bajo penda de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.
>
> En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expediere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizados por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.
>
> La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

4.4. Esta norma fue interpretada por el TDCA dentro del considerando quinto de la sentencia recurrida, en el siguiente sentido:

> (¼) para considerar la existencia del silencio administrativo positivo, conforme el artículo 28 de la Ley de Modernización, este procede para reclamos, solicitudes o pedidos en virtud del derecho constitucional de petición; no obstante de aquello el artículo 177 numeral 2 del ERJAFE, ha considerado los plazos que tiene la administración, para atender los recursos planteados por el administrado, situación que es diferente al derecho de petición que consagra el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (¼)

4.5. La compañía casacionista argumenta que el TDCA interpretó erróneamente el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado porque, a su criterio, la frase *ª todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad públicaº* debe ser interpretada de manera extensiva y progresiva, en favor del derecho constitucional de petición establecido en el artículo 66.23 de la Constitución. Por lo cual, estima que el silencio administrativo positivo regulado en el

artículo 28 *ibídem*, debe también ser aplicado para los recursos administrativos como el de apelación.

4.6. A efectos de determinar si el TDCA interpretó correctamente la norma, este tribunal considera necesario precisar cuál es el tratamiento que la legislación ecuatoriana da a los reclamos, solicitudes y peticiones, expresamente referidos en la redacción del artículo 28 de la Ley de Modernización. Esto, con el propósito de establecer si fue adecuado que el TDCA excluya los recursos administrativos del alcance del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

4.7. En relación a los términos *ª solicitudesº* y *ª peticionesº*, se advierte que el legislador los trata como sinónimos. De esta manera, el artículo 115.3 (letra b) del ERJAFE hace referencia a los procedimientos iniciados *ª a solicitud o petición del interesadoº*. Asimismo, el artículo 114 *ibídem* establece la obligación de recibir todas las *ª peticiones o solicitudesº* que se dirijan a la Administración Pública Central. Estas disposiciones equiparan ambos términos a través de la conjunción disyuntiva *ª oº*. Las conjunciones son nexos entre palabras que expresan las relaciones entre los elementos que unen; y, en este caso, el legislador considera que las palabras *ª solicitudesº* y *ª peticionesº* expresan el mismo significado técnico, de manera que pueden utilizarse de manera alternativa. De otra manera, el legislador habría empleado la conjunción copulativa *ª yº* para distinguir estos términos como un listado de dos componentes diferentes.

4.8. Por su parte, los *ª reclamosº* están regulados con mayor detalle en los artículos 79 y 172 del ERJAFE. Estos son un mecanismo de impugnación disponible para las personas afectadas por hechos administrativos, actos de simple administración, disposiciones administrativas de carácter general y actos normativos. Así, los reclamos administrativos pueden buscar: (i) la formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; (ii) la cesación del comportamiento, conducta o actividad; y, (iii) la enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

4.9. En fin, la similitud entre las *ª solicitudesº*, *ª peticionesº* y *ª reclamosº* es que todos estos dan inicio a un procedimiento ante la Administración por iniciativa del administrado. En cambio, los *ª recursosº* administrativos presuponen la existencia de un procedimiento ya iniciado ±a petición de parte o de oficioÐ pues tienen por tienen por objeto que la propia

Administración controle y revise la legitimidad y oportunidad de un acto administrativo. Estos se clasifican en recurso de revisión, apelación y extraordinario de revisión, de conformidad con los artículos 173, 174, 176 y 178 del ERJAFE. Además, el derecho a recurrir, relacionado a estos medios de impugnación contra actos administrativos, sólo pueden ser activados dentro de cierto término legal, a diferencia de las solicitudes, peticiones y reclamos que pueden ser presentadas en cualquier momento ante la Administración, en virtud del derecho de petición de los administrados.

4.10. Precisado lo anterior, este tribunal advierte que es adecuada la distinción hecha en la sentencia recurrida entre *ª recursosº* administrativos ±como el de apelaciónÐ y las*ª solicitudesº* , *ª peticionesº* y *ª reclamosº* . No sólo esto, sino que habría sido erróneo que el TDCA efectúe una interpretación extensiva como la que propone la casacionista. La propuesta interpretativa de la recurrente implicaría ignorar otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Esto se debe a que la interacción entre la Ley de Modernización del Estado y el ERJAFE impide que el silencio administrativo positivo sea aplicado para aceptar tácitamente cualquier pretensión del administrado, que no haya recibido respuesta expresa.

4.11. Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado propone la aceptación tácita de *ª reclamosº* , sin hacer distinción de su objeto. Sin embargo, el artículo 173.3 del ERJAFE dispone que, cuando se trata de reclamos contra disposiciones administrativas de carácter general, *ª la falta de atención a una* ***reclamación*** *no da lugar a la aplicación del silencio administrativoº* . Es decir, el ERJAFE hace una excepción a la regla general de la Ley de Modernización para este último tipo de reclamos.

4.12. Asimismo, el artículo 28 de la Ley de Modernización excluye los recursos administrativos, dado que no los incluye en su redacción. No obstante, el artículo 177.2 del ERJAFE tiene una regla especial para el recurso administrativo de apelación donde transcurrido el plazo de dos meses *ª sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recursoº* , haciendo aplicable el silencio administrativo positivo sólo para ese tipo de recursos, lo que no sería extensible a otros recursos, como los de reposición y extraordinario de revisión, pues tienen su propia regulación especial y, por su naturaleza, serían incompatibles con la aplicación de una aceptación tácita.

4.13. El recurso de reposición se interpone ante el mismo órgano de la Administración que dictó el acto administrativo objeto de impugnación. Esto quiere decir que la Administración

emplea recursos públicos para dar una respuesta al administrado o para dictar oportunamente un acto administrativo en un procedimiento de oficio; produciendo el acto que luego se impugna con el recurso de reposición. En ese escenario, no sería razonable que el acto expreso sea desvanecido por una aceptación tácita del recurso de revisión, ya que se le estaría restando cualquier valor a la actividad y recursos que ya invirtió ese mismo órgano de la Administración en revisar el asunto en primera instancia.

4.14. En cambio, el recurso de revisión es un medio de impugnación calificado que sólo procede cuando se verifica una de las causales establecidas del artículo 178 del ERJAFE; y que perdería su naturaleza extraordinaria si este podría ser aprobado por silencio administrativo positivo. Se debe considerar que este recurso procede contra *ªactos o resoluciones firmesº* , por lo que permite alterar ±excepcionalmenteÐ una situación jurídica respecto de la cual las partes y beneficiarios (mediatos e inmediatos) del acto ya tenían certeza; y esta modificación sólo está autorizada por el ordenamiento jurídico cuando se configura uno de los supuestos del artículo 178 del ERJAFE, tras la verificación y análisis que debe hacer el respectivo ministro de Estado o máxima autoridad de la Administración Pública Central. Si se permitiera la aceptación tácita de este recurso, se comprometería la seguridad jurídica que resulta de la firmeza de los actos o resoluciones y, más grave aún, se permitiría que esto suceda sin motivación jurídica, al tratarse de un acto presunto.

4.15. Por lo expuesto, este tribunal considera que una interpretación literal y sistemática del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado excluye los recursos administrativos de su ámbito de aplicación. Sin embargo, existe una norma especial sobre el silencio administrativo positivo para el recurso administrativo de apelación, prevista en el artículo 177.2 del ERJAFE, que no es extensible al resto de recursos administrativos.

4.16. Según José Luis Benavides, el silencio puede ser sustantivo o material, cuando se refiere a una petición que no tuvo respuesta sobre el fondo, o puede ser procesal o adjetivo, cuando la ausencia de respuesta se refiere a un recurso administrativo, interpuesto contra una decisión; y, el silencio administrativo, tanto sustantivo como procesal, puede ser positivo o negativo [Benavides, José Luis. *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, 2da Edición, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, p. 233]. Así, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado regula un silencio administrativo material y positivo; mientras que

el artículo 177.2 del ERJAFE establece un silencio administrativo adjetivo y positivo.

4.17. Por consiguiente, se concluye que el TDCA no incurrió en una errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; y, por lo tanto, no procede la causal primera de casación en este extremo.

2. Errónea interpretación del artículo 177.2 del ERJAFE

4.18. El artículo 177.2 del ERJAFE dispone:

> **Art. 177 ERJAFE**: Plazos.
>
> (¼) 2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.

4.19. Esta norma fue interpretada por el TDCA dentro del considerando quinto de la sentencia recurrida, así:

> (¼) para el caso del accionante, en el que alega que la ARCOM se ha pronunciado en forma extemporánea en el recurso de apelación planteado; es necesario establecer, que para esa situación, se entiende favorable el recurso, cuando transcurrido el plazo de dos meses, NO exista una resolución; en la especie, la administración si emitió una resolución la misma que podía ser impugnada por las diferentes vías que faculta el ordenamiento jurídico y no precisamente como silencio administrativo, en consideración que si existe un pronunciamiento por parte de la institución publica requerida. En esa línea el distinguido Tratadista de Derecho Administrativo Dr. Patricio Secaira Durango, en su obra ªCurso Breve de Derecho Administrativoº, Pág. 214, nos precisa lo siguiente: ªTampoco puede operar el silencio administrativo positivo cuando la administración pública, en su primer nivel decisorio y dentro del tiempo legal, adoptó una resolución negativa a la pretensión del demandado y este interpone recurso administrativo. El nuevo nivel al cual se recurrió solo está haciendo tutela administrativa de la legalidad el acto material del recurso; razón por la cual, en ese evento es inoperante e inaplicable el silencio administrativo positivo en razón de que ya existió pronunciamiento oportuno de la administraciónº (¼)

> analizadas, las normas, la doctrina y la jurisprudencia invocada en torno al tema, se establece con claridad meridiana, que no es aplicable el silencio administrativo para los casos que tienen que ver con procedimientos o normas adjetivas, como las relacionadas a interpretación, concesión o resolución de recursos como en el presente caso el de apelación.

4.20. Adicionalmente, para respaldar su interpretación, el TDCA hizo la referencia a la sentencia dictada el 5 de julio de 2012 por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 474-2010, publicada en la Gaceta Judicial No. 12, Serie XVII, año 2012. Sobre esta decisión, el TDCA transcribió el siguiente fragmento:

> SEXTO.-6.1.-Este Tribunal de Casación tiene claro que dicho silencio administrativo positivo se hubiese podido dar, si el CONARTEL no hubiese resuelto el recurso de apelación administrativo; pero como paladinamente en la sentencia de instancia se reconoce, tal recurso de apelación sí fue resuelto mediante Resolución No. 5858- CONARTEL-09 de 3 de junio de 2009.6.2.-Es decir, que la Resolución No. 5858-CONARTEL-09 de negativa de la apelación efectuada por CRATEL C.A., al haber sido expedida, evidentemente puso fin a la vía administrativa. El artículo 179 del ERJAFE, es muy claro al especificar que se pone fin de la vía administrativa por, entre otros casos, ª las resoluciones de los recursos de apelación y revisiónº. El artículo 176 del ERJAFE, al hablar del objeto del recurso de apelación, claramente especifica que ª de la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativaº, en concordancia además con el artículo 177, numeral 3, del ERJAFE que dice: ª Contra la resolución de un recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisiónº (de haberlo). Extrañamente el Tribunal de instancia, haciendo caso omiso de lo dispuesto en los artículos 176, 177 y179 del ERJAFE, pretendieron desconocer el debido proceso administrativo y la firmeza de los actos administrativos, pues las resoluciones administrativas causan estado, como claramente lo señala el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, por lo que

> el Tribunal de instancia hizo un mal uso procesal no solo de los dos artículos antes mencionados del ERJAFE sino también del primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. No cabe duda de que el procedimiento administrativo terminó con la negativa de la apelación dada por el CONARTEL mediante Resolución No. 5858-CONARTEL-09 de 3 de junio de 2009, habiendo quedado entonces firme el acto administrativo contenido en la Resolución No. ST-2009-0114 de 27 de abril de 2009, y sólo habría cabido entonces que CRATEL C.A. presente uno de los recursos contencioso administrativos señalados en el artículo 3 de la LJCA, que hubiere creído pertinente.

4.21. A partir de lo anterior, se tiene que el TDCA basó su interpretación del artículo 177.2 del ERJAFE en tres cuestiones: (i) el silencio administrativo positivo no se produce cuando existe un acto expreso de la Administración, aunque este haya sido dictado fuera de tiempo; (ii) no opera el silencio administrativo positivo en el recurso de apelación administrativo cuando *ª la administración pública, en su primer nivel decisorio y dentro del tiempo legal, adoptó una resolución negativa a la pretensión del demandadoº* ; y, (iii) a criterio del TDCA, existía un precedente de la Corte Nacional de Justicia ±citado en la sentencia recurridaÐ que establecía la improcedencia del silencio administrativo para los recursos administrativos como el de apelación.

4.22. Al respecto, la casacionista alega que el TDCA realizó una interpretación errónea y restrictiva del artículo 177.2 del ERJAFE porque esta disposición *ª establece de manera expresa la obligación de la administración de resolver y notificar la decisión adoptada en recursos de apelación en un plazo máximo de 2 meses, siendo enfático en establecer que la consecuencia jurídica de que no se emita pronunciamiento alguno dentro del plazo legal que tiene para hacerlo, es su aceptación tácita, es decir, el silencio administrativo positivoº* . Bajo esta alegación, corresponde analizar si el TDCA incurrió en una errónea interpretación del artículo 177.2 del ERJAFE. Para el efecto, se revisarán los tres fundamentos en los que el tribunal *a quo* sustentó su interpretación, referidos en el párrafo precedente.

4.23. Sobre el primer punto del razonamiento del TDCA, este tribunal debe anotar que el silencio administrativo positivo es una forma de manifestación o declaración tácita de la voluntad de la Administración Pública que opera cuando, por inactividad, la Administración

omite pronunciarse dentro del término o plazo legal [Dromi. José Roberto, Derecho Administrativo, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, Tomo 1, p. 175]. Producido el silencio administrativo positivo, la Administración queda imposibilitada para, en lo posterior, emitir un pronunciamiento expreso que contraríe el acto presunto, so pena de nulidad de pleno derecho del acto expreso según el artículo 130.3 del ERJAFE.

4.24. Es decir, efectivamente, el silencio administrativo positivo no opera cuando hay una respuesta expresa de la Administración, como indicó el TDCA. No obstante, dicha contestación de la Administración debe ser emitida oportunamente porque, de otra manera, se produce la aceptación tácita sin que, luego, la Administración pueda cambiar de postura a través de un acto expreso. Esta última cuestión es la que el TDCA omitió considerar y por ello, erró en su interpretación del artículo 177.2 del ERJAFE sobre el silencio administrativo positivo.

4.25. De ahí, el segundo punto del razonamiento del TDCA fue sustentado en doctrina con una cita de la obra *ª Curso breve de Derecho Administrativoº* del doctor Patricio A. Secaira Durango. Sin embargo, esa cita doctrinaria era inaplicable al caso concreto, pues esta se refiere a procedimientos administrativos iniciados a petición de parte en los que se haya adoptado una resolución negativa a la pretensión del administrado en primera instancia. No se refiere a los procedimientos administrativos iniciados de oficio, como la reliquidación de regalías mineras que efectuó la ARCOM. Por lo cual, el TDCA se basó en otra premisa inadecuada para interpretar el artículo 177.2 del ERJAFE según las circunstancias del caso sometido a su conocimiento.

4.26. Por último, el tercer punto del razonamiento del TDCA fue extraído de la jurisprudencia. Pero el precedente citado por el TDCA es impertinente, dado que no versa sobre el silencio administrativo positivo que se produce por la falta de resolución oportuna de un recurso administrativo de apelación según el artículo 177.2 del ERJAFE.

4.27. En el caso subyacente al recurso de casación No. 474-2010 (citado en la sentencia recurrida), el recurso administrativo de apelación había sido resuelto mediante un acto expreso y dictado dentro del término legal, pues la apelación había sido interpuesta el 13 de mayo de 2009 y el recurso, rechazado el 3 de junio del mismo año. Posterior a ello, el administrado solicitó la revocatoria del acto administrativo en que se rechazó el recurso de

apelación; y, como la revocatoria no fue atendida, el administrado pretendía que se reconozca a su favor el silencio administrativo positivo, con la finalidad de dejar sin efecto el acto que negó la apelación y que confirmó la imposición de una multa en su contra.

4.28. En ese escenario, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia señaló que no procedía el silencio administrativo positivo de la solicitud de revocatoria bajo el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, ya que el acto expreso que rechazó el recurso de apelación puso fin al procedimiento administrativo y este estaba revestido de firmeza, por lo que no podía ser modificado en sede administrativa con la revocatoria, sino que sólo podía ser impugnado en sede judicial.

4.29. En ningún momento, los jueces casacionales del recurso de casación No. 474-2010 se pronunciaron sobre el artículo 177.2 del ERJAFE, ni establecieron la improcedencia del silencio administrativo positivo en los recursos de apelación en que la Administración omite resolver dentro del plazo de dos meses. Todo lo contrario, en dicha sentencia, se estableció: *ª Este Tribunal de Casación tiene claro que dicho silencio administrativo positivo se hubiese podido dar, si el CONARTEL no hubiese resuelto el recurso de apelación administrativoº* .

4.30. Por consiguiente, este tribunal estima que la tercera premisa del razonamiento del TDCA también fue inapropiada para interpretar el artículo 177.2 del ERJAFE. En virtud de esto y lo expuesto en párrafos precedentes, se concluye que el TDCA incurrió en una errónea interpretación del artículo 177.2 del ERJAFE.

4.31. Sin embargo, para que prospere la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, es necesario que el yerro del juzgador sea trascendente. No basta con que se configure un vicio de errónea interpretación, sino que además este debe tener la trascendencia necesaria para influir en la decisión de la causa. En este sentido, cabe recordar que *ª para fines de casación, el error de derecho debe ser protuberante, como doctrinariamente se exige ©ostensiblemente para el sentido común© o como también señala la doctrina, es error trascendente: ©uando repercute e incide en la decisión, a tal punto que sin él el juez habría fallado en sentido contrario©* [Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil (Bogotá: El Foro de la Justicia, 1983), p. 364].

4.32. En el presente caso, el yerro herméutico del TDCA sería trascendente si, de haber interpretado correctamente el artículo 177.2 del ERJAFE, habría tomado una decisión

diferente a la adoptada, esto es, reconocer que se produjo el silencio administrativo positivo a favor de HOLCIM respecto al recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo contenido en el Oficio OF-321-ARCOM-G-CR-2012 del Coordinador Regional de ARCOM-Guayaquil, en el que se reliquidaron las diferencias por regalías del primer y segundo semestre del 2011 del área minera CENACA.

4.33. Dado que HOLCIM no presentó la certificación de la fecha de vencimiento otorgada por el respectivo funcionario público (considerando tercero de la sentencia), el caso sometido a decisión del TDCA se trataba de una acción de conocimiento y no, una de ejecución de silencio administrativo positivo [Gaceta Judicial No. 12, Año CIV, Serie XVII, p. 4047]. Por lo cual, para verificar si se produjo el silencio administrativo positivo, el TDCA debía analizar que *ª la petición del administrado sea legal y posibleº* y que el acto presunto no sea irregular, es decir, que no esté viciado de nulidad porque *ª no es posible sostener razonablemente que la omisión de la administración pueda trasformar lo que originalmente es ilícito en lícitoº* [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, recurso de casación No. 176-2007, resolución No. 186-2012 de 6 de agosto de 2012; recurso de casación No. 178-2012, resolución No. 295-2014]

4.34. A efectos de determinar la regularidad del acto presunto, el TDCA habría requerido revisar la pretensión de HOLCIM y si esta era legítima, pues esta sería aceptada por efecto del silencio administrativo positivo y constituiría el objeto del acto ficto. En este sentido, se tiene que HOLCIM interpuso su recurso administrativo de apelación (fojas 1638 a 1644, referido en considerando quinto de la sentencia), alegando la supuesta violación del derecho a la seguridad jurídica por la aplicación del Decreto Ejecutivo 782 publicado en el R.O. 457 de 26 de mayo de 2011, que contiene la reforma al artículo 81 del Reglamento General de Aplicación a la Ley de Minería.

4.35. A criterio de HOLCIM, no podía aplicarse el Decreto para reliquidar las regalías del 2011, sino que esto debía hacerse a partir del siguiente período anual (2012), con base en el artículo 11 del Código Tributario que en su parte pertinente determina: *ª (¼) las normas que se refieran a tributos cuya determinación o liquidación deban realizarse por períodos anuales, como acto meramente declarativo, se aplicación desde el primer día del siguiente año calendrio, y, desde el primer día del mes siguiente, cuando se trate de períodos menoresº* .

4.36. Sin embargo, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario ya ha determinado que las regalías mineras no son de naturaleza tributaria [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, recurso de casación No. 105-2010, sentencia de 18 de junio de 2012]. En la parte pertinente de la sentencia del recurso de casación No. 105-2010, dicha Sala estableció lo siguiente:

> La Ley de Minería publicada en el Registro Oficial No. 255, de 22 de agosto de 1985, en su artículo 45 no atribuye a las regalías carácter tributario. En el mismo sentido, el artículo 24 del Reglamento General a la Ley de Minería, publicado en el Registro Oficial No. 450, de 4 de junio de 1986, trata a las regalías como ingresos no tributarios y dispone que se depositen en la cuenta corriente única del Tesoro Nacional.

4.37. Por lo cual, no sería legítimo aplicar el artículo 11 del Código Tributario, a materia no tributaria, para satisfacer la pretensión de HOLCIM a través de un acto presunto.

4.38. Adicionalmente, hay que tomar en cuenta que la reliquidación de regalías se hizo a través del Oficio OF-321-ARCOM-G-CR-2012 (foja 1637, referido en el considerando quinto de la sentencia) considerando *ª la no retroactividad de la Leyº* , pues sólo se dispuso el pago de *ª los valores proporcionales a partir de la publicación en el Registro Oficial de la Reforma del Art. 81 del Reglamento General de la Ley de Minería º* , es decir, a partir del 26 de mayo de 2011; en concordancia con el artículo final del referido Decreto, que disponía: *ª El presente decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficialº* .

4.39. Por lo cual, la pretensión del administrado de que se le deje de aplicar una norma vigente en el ordenamiento jurídico (Decreto Ejecutivo 782) implicaría una contravención del principio de igualdad formal, pues ±a través del silencio administrativo positivoÐ HOLCIM buscaría recibir un trato distinto al de otros administrados en su misma situación, contrariando los artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución del Ecuador.

4.40. En otras palabras, el acto presunto, cuyo reconocimiento judicial buscaba HOLCIM ante el TDCA, no sería regular por tener un contenido manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico por su incompatibilidad con el principio de igualdad formal, lo que lo haría nulo conforme al artículo 129 del ERJAFE. En virtud de esto, el TDCA no habría

estado en posición de adoptar una decisión distinta a la que tomó en la sentencia recurrida, pues aún habiendo interpretado correctamente el artículo 177.2 del ERJAFE, habría llegado a la misma conclusión: rechazar la demanda en lo relativo al silencio administrativo positivo. Pero, lo habría hecho porque dicho acto presunto no resulta regular.

4.41. En consecuencia, el yerro hermeútico del TDCA no es trascendente y, por lo tanto, no procede la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación en este extremo.

3. Falta de aplicación del artículo 130.3 del ERJAFE

4.42. El artículo 130.3 del ERJAFE dispone:

> **Art. 130 ERJAFE:** Anulabilidad.
>
> (¼) 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiere producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

4.43. La aplicabilidad de esta norma depende de que, primero, se establezca la existencia de un silencio administrativo, que permita determinar la nulidad del acto expreso que lo contraviene. Sin embargo, en este caso, el TDCA no verificó que se haya producido silencio administrativo a favor de HOLCIM. Es decir, no se configuró el supuesto fáctico que habilitaría la aplicación del artículo 130.3 del ERJAFE para revisar el acto contenido en la Resolución No. 067-ARCOM-CGEEM-SLCM-ME-2013.

4.44. Dado que no se configuró el supuesto regulado en el artículo 130.3 del ERJAFE, esta norma no era aplicable al caso. Por lo cual, su falta de aplicación en la sentencia recurrida no configura la causal de casación establecida en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS

V. Decisión

5.1. 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, **rechazar** el recurso de casación interpuesto por HOLCIM AGREGADOS S.A. Por lo tanto, decide **no casar** la sentencia dictada el 19 de febrero de 2019, las 11h06, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. Notifíquese.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

183174804-DFE

Juicio No. 17741-2017-0122 RESOLUCION N° 787-2022

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, martes 16 de agosto del 2022, las 08h33. ***VISTOS:*** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de lo siguiente:

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

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

iii Patricio Adolfo Secaira Durango, 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 No. 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, efectuado por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

iv Conforme el acta de sorteo electrónico realizado el viernes 7 de mayo de 2021, a las 12:03, constante a fojas 20 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido, como Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Milton Enrique Velásquez Díaz y Patricio Adolfo Secaira Durango, según lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función

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

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

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

Judicial y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I
ANTECEDENTES

1.1 La Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay (en adelante **ª TDCA No. 3º** o **ª Tribunal de instancia º** , indistintamente), expidió sentencia el 12 de diciembre de 2016, las 08h02, dentro de la causa signada con el No. 17741-2017-0122, promovida por el doctor Fernando Teodoro González Calle, en calidad de procurador judicial de la señora Clara Erlinda García Guerrero, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y del señor Procurador General del Estado, en la que se resolvió lo siguiente: *ª Por los hechos constantes en la resolución de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS Azuay que ratifica la negativa de concesión de montepío y por los documentos aportados en este proceso, éste Tribunal de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 3, con Sede en la ciudad de Cuenca, en ejercicio del control de legalidad de los actos impugnados, aceptando la excepción analizada en este considerando y al verificar que no se incurre en ninguna de las causales del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que existe motivación en los actos impugnados en los términos del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República ª ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza la demanda por improcedente.- Sin costas.- Hágase saberº*

1.2 En su día, la actora presentó recurso horizontal de aclaración de la sentencia ya identificada, que fue resuelto y rechazado por el Tribunal de instancia el 23 de diciembre del mismo año.

1.3 Mediante escrito de miércoles 28 de diciembre de 2016, a las 12h06, inconforme con la decisión del Tribunal de instancia, la actora interpuso un recurso de casación en contra de la sentencia, que fue concedido el 3 de enero de 2017; y, se dispuso que el expediente se eleve a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.4 El lunes 19 de octubre de 2020, las 11h45, el Conjuez Nacional, Fernando Ortega Cárdenas, admitió el recurso de casación respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 19 de la Resolución No. CD 100 del Consejo Directivo del IESS (en adelante **ª Resolución 100º**).

II

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

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

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2016, las 08h02, por el TDCA No. 3 ha incurrido en el yerro acusado por el recurrente, esto es, por errónea interpretación del artículo 19 de la Resolución 100.

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.

2.4 La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de Tribunales Distritales y Cortes Provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso,

con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia *(Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015, todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).*

2.5 También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca; es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico *(Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).*

2.6 Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ªLa Casación Civilº, sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala que: *ª como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a su admisión, limitado a causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o*

defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada ±excepcionalmente los actos de las partes± y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación.º (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 351)

III
ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO

3.1 Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que consiste en: *ª 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.º*

3.2 Santiago Andrade Ubidia, en su obra ªLa Casación Civil en el Ecuadorº nos enseña que: *ª La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva.º* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 181). El mismo maestro Andrade Ubidia señala las características de la violación directa de la siguiente manera: *ª En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo.º* (Andrade Ubidia Santiago, Op. cit., pág. 182).

3.3 La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicada en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *ª Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente.º*

3.4 En este punto, podemos señalar que la errónea interpretación aparece en una sentencia cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, pero se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Cabe recordar que este vicio, en palabras del profesor Luis Armando Tolosa consiste en: *ª Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo.º* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá-Colombia).

3.5 En palabras de Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ª La Casación Civilº, los errores *in iudicando*: *ª También denominados errores de juzgamiento, de juicio o fondales, se trata de aquellos motivos o causales que permiten la demolición del acto sentencia, cuando existen defectos o yerros en el razonamiento lógico, racional y volitivo, que conducen a la violación o infracción de la ley, de manera directa o indirecta, de manera que se trata de una falla en la actividad intelectual donde la voluntad concreta de la ley declarada en el acto sentencial, no se identifica con la voluntad efectiva contendida en la ley, todo lo que conduce a una sentencia injusta, errónea o defectuosa.º* (Bello Tabares, H. E. T. Op. cit. Pag. 177)

3.6 Esta Sala Especializada en varias ocasiones ha indicado que al momento de alegar la

errónea interpretación de norma jurídica, corresponde al casacionista explicar lo siguiente: **a)** ¿Cuál es la norma sustantiva infringida?; **b)** si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; **c)** ¿Cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial?; **d)** explicar el método de interpretación que usó en la decisión judicial; **e)** determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde y por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; y, **f)** 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.

3.7 Una vez que esta Sala Especializada ha realizado una revisión del alcance y finalidad del yerro de errónea interpretación de normas de derecho, desde el punto de vista de la doctrina y de los criterios vertidos por esta Alta Corte, corresponde explorar los argumentos esgrimidos por la casacionista, así como también la motivación constante en la sentencia interpelada dictada por el Tribunal de instancia.

3.8 La casacionista para sostener su alegación presenta el siguiente argumento: *ª La expresión ª separaciónº , constante en la norma con la cual el IESS niega el derecho a mi mandante y ratificada en sentencia que recurro, no puede entenderse por ningún motivo, como una separación únicamente física; pues, un alejamiento transitoria, para mejorar la situación vital, migrando, no afecta la solidez matrimonial. La doctrina a este suceso: ª alejamiento amistoso conyugalº , el cual se produce cuando por asuntos, que implican una mejora en el propio núcleo familiar, se produce un alejamiento de la pareja, ejemplo: emigrar, por estudios, por trabajo, etc. En consecuencia, la sentencia que recurro, hace una errónea interpretación de la norma, interpreta que la expresión ª separaciónº es a cualquier tipo, que aplica a una separación física de cualquier índole, cuando en un país de migrantes como el nuestro, no se puede considerar ª separaciónº cuando una persona migra para mejorar su condición de vida. A la expresión ª separaciónº se la debe entender como una ruptura conyugal total, sin comunicación ni vínculo de ningún tipo. Tanto en el expediente administrativo como en este juicio probé plenamente que mi mandante y el fallecido cónyuge*

durante todo el tiempo mantuvieron contacto sentimental, presente cartas de amor que mutuamente se enviaban, los giros de dinero que mi mandante hacía, incluso el trámite de reagrupación familiar ante el gobierno español. Es cierto que el fallecido cónyuge tuvo una hija extramatrimonial, pero esto, de ninguna manera puede considerarse una separación, sino un hecho independiente del cual mi mandante ni siquiera tuvo conocimiento.º

3.9 Por su parte, el Tribunal de instancia reflexiona de la siguiente manera: ª *Respecto al principio de legalidad la doctrina se ha pronunciado en éstos términos: Consiste en distinción y subordinación de la acción pública y judicial a la ley. El Estado solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la ley mientras que los particulares pueden realizar todo lo que la ley no les prohíbe. ii) La Resolución* [sic] *SD 100 del IESS, en la que consta el Reglamento Interno de Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que en el artículo 19 dice: "No habrá derecho a pensión de montepío:...c) Si a la fecha de fallecimiento del causante, el cónyuge sobreviviente hubiere estado legalmente separado por su culpa, o simplemente separado por más de cinco (5) años;..." iii) El Acuerdo N.- 32000100-446-2014 C.P.P.C-A de 3 de Abril del 2014, constante a fojas 7 y siguientes del proceso, suscrito por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS del Azuay, y que es materia de esta demanda, en el considerando Quinto hace un análisis del expediente administrativo y entre otra información, señala que en el informe que emitió la Trabajadora Social de IESS el 2011-05-04, doctora Rebeca Lazo, establece que: ª en base de los documentos que reposan del expediente de Seguro de Muerte, se desprende que la viuda del causante señora Garcia Guerrero Clara Erlinda desde hace 10 años aproximadamente reside en España, que migró por asuntos laborales sin embargo mantuvo con su cónyuge comunicación escrita, envió dinero hasta el año 2006º , además señala que la señora Clara García, desde que obtuvo la ciudadanía española no regresó al país. Así mismo se indica en el informe que: ª Efectivamente se puede determinar que el señor Galarza Guerrero César Efrén, mantuvo una* [sic] *elación amorosa con la señora Blanca Noemí Hoyos Arias, y que incluso procrearon una niña que responde a los nombres de Tifanny Teresa Galarza Hoyos, lo que demuestra que efectivamente en los últimos años no hubo una normal vida de matrimonioº Por lo señalado la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, se ratifica en el Acuerdo de seguro de muerte N.- 2011-0115 de 27 de junio del 2011 y lo hace amparado en el artículo 19 de la Resolución CD 100. iv) El artículo 59 de la Ley de la*

Jurisdicción Contencioso Administrativo establece que: ª Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia. b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.º Respecto al literal a) no se ha observado que exista incompetencia del órgano que emitió la resolución, esto es de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS Azuay, así como tampoco de la autoridad que expidió el acuerdo de seguro de muerte N.- 2011-0115 de 27 de junio del 2011. Respecto del literal b) de la norma antes citada, respecto de la omisión de las formalidades legales que se deban observar para dictar la resolución, se debe tener en cuenta que en la Resolución N.- 32000100-446-2014 C.P.P.C-A de 3 de Abril del 2014, se hace un detalle de los antecedentes que ha tenido el trámite en sede administrativa del cual se puede desprender que no hay omisión o incumplimiento alguno respecto a las formalidades legales que puedan causar gravamen irreparable o influyan en la decisión de la causa, habiéndole permitido a la administrada ejercer su legítimo derecho a la defensa. La motivación que tiene el IESS para negarle el reclamo se fundamenta en el artículo 19 de la resolución CD 100, la misma que se encuentra vigente y no ha sido declarada su inconstitucionalidad, y se basa en el hecho de que la relación matrimonial se encuentra abandonada por más de 5 años. La trabajadora social que emite su informe señala que efectivamente la única persona que le atendió y cuidó durante la enfermedad al señor Galarza fue la señora Hoyos y que desde que adquirió la nacionalidad española la hoy actora nunca regresó al país. La norma antes citada del IESS, es muy enfática en señalar que si se está ª simplemente separado por más de cinco añosº no tendrá derecho al montepío.º

3.10 *Prima facie,* la causal alegada por el recurrente contempla los yerros de falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación de normas de derecho, causal distinta de aquella que está prevista en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que se refiere a normas de carácter procesal. Entonces, cada una de las causales previstas en el artículo 3 de la Ley de Casación tiene una finalidad específica y refutan un vicio en especial.

3.11 Esta Sala Especializada considera pertinente realizar las siguientes reflexiones para resolver el recurso de casación. Es importante recordar que bajo la causal alegada no cabe consideración respecto de los hechos, puesto que los mismos se aprecian como ciertos en la sentencia que se impugna. En el caso *in examine*, del considerando cuarto de la sentencia impugnada se desprenden los siguientes hechos: **(i)** La señora García Guerrero quedó viuda tras la muerte de su esposo, el señor César Efrén Galarza Guerrero. **(ii)** Que la señora García Guerrero migró a España hace diez años y que no regresó al país desde que obtuvo la nacionalidad española. **(iii)** Que mantuvo con su cónyuge comunicación escrita y que envió dinero hasta el año 2006. **(iv)** Que el señor César Efrén Galarza Guerrero mantuvo una relación amorosa con la señora Blanca Noemí Hoyos Arias con quien procrearon una niña que responde a los nombres de Tifanny Teresa Galarza Hoyos. Sobre la base de estos hechos, la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS del Azuay negó la pensión de viudedad a favor de la señora Carla Erlinda García Guerrero, a través del Acuerdo No. 32000100-446-2014 C.P.P.0-A de 3 de abril de 2014, acto administrativo objeto de impugnación.

3.12. A modo de resumen, por una parte, la señora García Guerrero pretendía la pensión de viudedad tras la muerte su esposo; y, por otra parte, el IESS negó tal solicitud con base en el artículo 19 de la Resolución 100, puesto que la relación matrimonial se encontraba abandonada por más de 5 años, según se advirtió en los informes de la trabajadora social del IESS.

3.13 En este sentido, la casacionista alega una errónea interpretación del artículo 19 de la Resolución 100. Dicha resolución termina las prestaciones que concede el régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte, a saber: jubilación por invalidez que incluye subsidio transitorio por incapacidad, jubilación ordinaria por vejez, pensiones de montepío; y, auxilio para funerales. Por su parte, el artículo 19 de la antedicha resolución señala que: *ª No habrá derecho a pensión de montepío: c) Si a la fecha de fallecimiento del causante, el cónyuge sobreviviente hubiere estado legalmente separado por su culpa, o simplemente separado por más de cinco (5) años;º*

3.14 Ramiro Bedregal, en su obra ª Tratado General sobre Seguridad Socialº, señala que: *ª El*

objeto de este seguro es dotar a los familiares que estuvieron a cargo del asegurado, de una pensión que sustituya al salario, permitiendo que aquellos puedan continuar su subsistencia.º (Bedregal, R. Tratado General sobre Seguridad Social, Impreso en el Departamento de Cultura de la Universidad Central del Ecuador, Quito, pág. 151)

3.14 Para resolver sobre este yerro, esta Sala Especializada debe examinar si la norma declarada como infringida según la casacionista, fue aplicada por el Tribunal de instancia y luego de aquello examinar cuál fue su interpretación. Conforme se desprende de la sentencia interpelada, el artículo 19 c) de la Resolución 100 si fue utilizada por el TDCA No. 3 para resolver si la señora García Guerrero tenía el derecho a recibir la pensión por viudedad como consecuencia de su esposo; y, dado que se acreditó que fue la señora Hoyos quien cuidó y atendió al señor César Efrén Galarza Guerrero y que la señora García Guerrero no volvió al país desde que obtuvo la nacionalidad española, el Tribunal de instancia confirmó en todas sus partes el Acuerdo No. 32000100-446-2014 C.P.P.0-A de 3 de abril de 2014.

3.15 Ahora bien, el Tribunal de instancia interpretó, en un sentido literal, el artículo 19 c) de la Resolución 100 cuando dice: ª*La norma antes citada del IESS, es muy enfática en señalar que si se está ª simplemente separado por más de cinco añosº no tendrá derecho al montepío.º* Sobre el término *ª simplementeº* el Diccionario de la Real Academia Española establece las siguientes acepciones: ª *1. adv. Con simpleza o sencillez. 2. adv. Absolutamente, sin condición alguna. 3. adv. solamente.º* En este sentido, esta Sala Especializada considera que el Tribunal de instancia realizó una interpretación correcta del alcance de la norma aplicada, toda vez, que la separación del señor César Efrén Galarza Guerrero y de la señora Carla Erlinda García Guerrero superó los cincos años previstos en el artículo 19 c) de la Resolución 100, situación que no tiene que ver con el estado civil, puesto que el término ª simplementeº lo debemos entender desde la perspectiva de sin condición alguna.

3.16 Por su parte, la casacionista señala que esta interpretación no es correcta, lo adecuado habría sido entender a una separación como una ruptura conyugal total, sin comunicación ni vínculo de ningún tipo. Sin embargo, esta Sala Especializada no puede coincidir con esta interpretación, toda vez que el artículo 19 c) de la Resolución no hace relación al estado civil o a la vida conyugal, sino a la absoluta separación por más de cincos años, sin condición

alguna, situación que ocurrió en el caso *sub judice.*

3.17 Finalmente, la casacionista afirma que tanto en el expediente administrativo como en el juicio probó que entre el señor César Efrén Galarza Guerrero y la señora Carla Erlinda García Guerrero había una contacto sentimental. Es importante recordar que la casación no es una tercera instancia que permita el debate y control, libre y abierto de la actividad jurisdiccional en la cuestión fáctica y probatoria. La casación es un recurso que se rige, entre otros, por principios reguladores tales como: dispositivo, debida técnica y limitación. El recurso de casación solo puede ser conocido y resuelto en la medida en que se denuncien los yerros o falencias reprochables, mediante los andariveles normativizados por el legislador, donde las facultades de esta Alta Corte también son limitados, al punto que en esta sede no opera el principio *iura novit curia*, lo que implica que el Tribunal de Casación se ceñirá al contenido de la demanda de casación, sin poder suplir las carencias o defectos del recurso, como ya lo dijimos anteriormente. Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada desecha el recurso de casación en cuanto se refiere al yerro de errónea interpretación del artículo 19 c) de la Resolución 100.

IV.
DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada 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 REPÚBLICA rechaza** el recurso de casación interpuesto por el doctor Fernando Teodoro González Calle, en calidad de procurador judicial de la señora Clara Erlinda García Guerrero; y, en consecuencia, **no casa** la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2016, las 08h02, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, dentro de la causa signada con el No. No. 17741-2017-0122.- Sin costas ni honorarios que regular.- **Notifíquese y devuélvase.-**

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)

Validar únicamente en FirmaEC.
Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS



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

ML/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.