

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**

**09802-2017-00767, 01803-2018-00470,
17811-2017-00955, 01803-2018-00210**



Juicio No. 09802-2017-00767

**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 10 de septiembre del 2021, las 11h36. **VISTOS:** Avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

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

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

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

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

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

iii. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 2 de junio de 2021, constante a fojas 10 del expediente, el Tribunal competente para conocer este recurso de casación se encuentra conformado por los jueces nacionales: Milton Velásquez Díaz en calidad de ponente, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

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 del artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, y siendo el estado de la causa el de resolver, se considera:

I. Antecedentes

1.1 Con acto de fecha 19 de octubre de 2016, el Intendente de investigación de abuso de poder de mercado de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado dispuso la inhibición y archivo de la investigación signada con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-040-2015, insinuando que debían remitirse las actuaciones a los órganos de la Comunidad Andina.

1.2 Con comunicación de fecha 20 de octubre de 2016, el Superintendente de Control de Poder de Mercado presentó una solicitud ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, al amparo del artículo 10 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, denunciando la conducta de la compañía Colombiana Kimberly Colpapel S.A., y otras, en lo concerniente a intercambio de información sensible sobre los precios a implementarse en el futuro.

1.3 Mediante escrito de fecha 20 de enero de 2017, la empresa Kimberly-Clark Ecuador S.A. presentó la solicitud de reposición, conforme al artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante ^aLORCPM^o), impugnando ^ala decisión de la SCPM (y específicamente del Superintendente) de enviar a la CAN su solicitud con fecha 20 de octubre de 2016^o. Dicha petición fue signada con el número 33948.

1.4 El 28 de julio de 2017, la compañía Kimberly-Clark Ecuador S.A., demandó el silencio administrativo positivo de la solicitud signada con en el número 33948, solicitando que se revoque la decisión de enviar la denuncia referida en el párrafo 1.2 a la Comunidad Andina de Naciones, y que con tal revocación se notifique a la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como notificar que el material entregado a la SGCAN es material sensible y autoincriminatorio.

1.5 Con sentencia de 27 de mayo de 2019, las 10h51, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil declaró sin lugar la demanda presentada, por cuanto estimó que el silencio administrativo alegado no se configuró.

1.6 El 1 de julio de 2019, la demandante interpuso recurso de casación en contra de la decisión del tribunal *a quo*, alegando para ello que la sentencia dictada adolece de:

1.6.1 El vicio contenido en la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 164 *ibídem*, por existir valoración absurda de la prueba, que conllevó a la falta de aplicación del artículo 66 de la LORCPM.

1.6.2 El vicio contenido en la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 44.20 de la LORCPM.

1.7 Dichos cargos fueron aceptados por el conjuerz nacional Fernando Ortega Cárdenas mediante auto de fecha 6 de julio de 2020, las 08h49. Luego del sorteo de Ley, se convocó para la audiencia de fundamentación del recurso, la misma que se realizó el 26 de agosto de 2021.

II. Competencia

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.

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 considera que las causales invocadas son las contenidas en el numeral cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: por falta de aplicación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos en concordancia con el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación de Control y Poder de Mercado, y por falta de aplicación del numeral 20 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación de Control y Poder de Mercado, respectivamente.

4.2 A continuación este tribunal se dispone a resolver los puntos controvertidos:

Análisis del Recurso de Casación, de la causal contenida en el numeral cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación del artículo 164 de la *ibídem*, en concordancia con el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación de Control y Poder de Mercado

4.3 El casacionista alegó que hubo falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, el mismo que expresa que:

Artículo 164.- Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

4.4 En base al mentado artículo, se indicó que la valoración absurda de la providencia que realizó el tribunal *a quo* conllevó a que se inaplicara el artículo 66 de la LORCPM, como norma de derecho sustantivo.

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

4.6 Los pronunciamientos reiterados de esta Corte han establecido cinco requisitos para que esta causal prospere: (i) la indicación de la normas de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; (ii) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; (iii) la indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; (iv) la infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o

por no aplicación; y, (v) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material [Resolución No. 44-2013, juicio 767-2011, 25 de enero de 2013; resolución No. 568-99, juicio 109-98, 29 de diciembre de 1999; Resolución No. 178, juicio 116-99, 30 de noviembre de 1999].

4.7 En el presente caso, el casacionista sí ha indicado cuál es la disposición jurídica sobre valoración probatoria infringida, así como el medio probatorio sobre el cual se gestó la vulneración. El casacionista se centró en que la conclusión del tribunal *a quo* fue errada con relación a la prueba denominada *“providencia de 19 de octubre de 2016”* (referida en el párr. 1.1), la cual no tuvo como efecto la decisión de remitir la información a la Comunidad Andina de Naciones. Lo cual ha sido incluso reconocido por la parte recurrida en su contestación al recurso interpuesto.

4.8 No obstante, ello no es suficiente para el éxito de este cargo, dado que es indispensable que exista una explicación de cómo tal infracción provoca la trasgresión de disposiciones de orden sustantivo. En este punto, el recurrente ha referido que la supuesta infracción valorativa conllevó a la falta de aplicación del artículo 66 de la LORCPM, cuyo texto señala:

“Art. 66.- Recurso de Reposición.- Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición.

El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.

Transcurrido el término de 20 días sin haberse interpuesto el recurso de reposición ni el de apelación, la resolución causará estado y se agotará la vía administrativa, quedando solo la vía judicial.

El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario°.

4.9 Por tal razón, incluso cuando existiera una infracción valorativa por parte del tribunal *a quo*, es necesario que ella genere una infracción *in iudicando* de la disposición invocada en el recurso. Como puede observarse, dicho precepto menciona la procedencia del recurso de reposición, que puede proponerse contra actos administrativos de los distintos niveles de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

4.10 El recurso de reposición interpuesto por el ahora accionante y recurrente (*párr.* 1.3) está dirigido en contra de ^a *la decisión de la SCPM (y específicamente del Superintendente) de enviar a la CAN su solicitud con fecha 20 de octubre de 2016°*. Cabe verificar si dicho recurso cumple con el requisito de procedibilidad anotado; es decir, si está dirigido contra un acto administrativo.

4.11 A criterio del tribunal *a quo*, la solicitud de fecha 20 de octubre de 2016 es un acto procesal dentro del derecho supranacional andino. No obstante, ¿ello evita que dicha decisión sea un acto administrativo de carácter individual? A decir de Comadira, esta actividad jurídica de la administración podemos definirla como *“ toda declaración de un órgano del Estado o de un ente no estatal, emitida en el ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros°* [Julio Rodolfo Comadira ^a *Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo°*. Jurisprudencia Administrativa 1996-IV-750, p. 751] La definición doctrinaria es de utilidad, pues de ella se desprenden varios presupuestos de esta actividad jurídica.

4.12 Uno de ellos es la producción de efectos jurídicos directos. Sobre ello, Gordillo ha expresado que ^a *(e)s esencial, pues, al concepto del acto administrativo, que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos, es decir, apto para que surjan del acto mismo, sin necesidad de ninguna otra manifestación o comportamiento°*. El mismo autor añade que *“ quedan aquí excluidos del concepto todos los "actos preparatorios" y en general cualquier acto que por sí mismo no sea suficiente para dar lugar a un efecto jurídico inmediato en relación a un sujeto de derecho; esos actos no son impugnables administrativa ni judicialmente°*. [Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo Tomo II* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011), p. II-4]

4.15 De los hechos probados referidos en la sentencia impugnada se desprende que el acto administrativo impugnado en el recurso de reposición fue la decisión de presentar una denuncia ante

los órganos de la Comunidad Andina de Naciones. Ni la solicitud o denuncia (*párr.* 1.2) ni la decisión de presentarla pueden reputarse como acto administrativo, por no originarse de ella efectos directos e inmediatos con respecto al accionante. Ello se corrobora con la propia regulación andina, pues la Decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina", al amparo de la cual se presentó la denuncia, establece a partir de su artículo 10 un trámite de apertura de investigación, bajo decisión de la Secretaría General de la CAN, así como la participación de otras autoridades andinas. Por lo tanto, la sola decisión de presentar una denuncia no tiene incidencia directa ni inmediata en el administrado; y en atención a la autorizada doctrina citada, debe excluirse de la noción de acto administrativo aquello que requiera de otras manifestaciones para producir efectos.

4.16 En consecuencia, incluso en el caso de que el yerro en valoración probatoria se hubiera configurado en la especie, no se configuraría el vicio *in iudicando* alegado, pues no acontece en la especie una falta de aplicación del artículo 66 de la LORCPM. Ello en razón de que el recurso de reposición presentado por el ahora recurrente carecía de un requisito de procedibilidad ineludible (estar dirigido contra un acto administrativo); por lo que su tramitación era inadecuada para lograr la pretensión revocatoria del administrativo mediante acto expreso, menos aún para erigir un acto tácito como se reclama en la demanda contencioso administrativa.

4.17 Es por ello que los cargos propuestos al amparo de esta causal no pueden prosperar, y expresamente se rechazan por esta Sala de Casación.

Análisis del Recurso de Casación, de la causal contenida en el numeral quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación del artículo 44.20 de la LORCPM.

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

a. Falta de aplicación: Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas

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

b. 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.

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

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

4.18 Sin embargo, no es suficiente alegar uno de estos vicios de error en la sentencia, sino que es necesario, 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) 71].

4.19 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 Bolívar, 2005) 199]

4.20 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 [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].

4.21 En mérito de estas consideraciones, corresponde a este tribunal analizar si el recurrente ha señalado la norma jurídica -de manera precisa precisa e inequívoca- que ha sido violada, así como las necesarias para conformar la proposición jurídica completa.

4.22 El recurrente señala que en la sentencia se han violado la siguiente norma jurídica contenida en el artículo 44.20 de la LORCPM, la cual dispone que: *“ Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: (1/4) 20. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley y demás normativa vigente, así como los compromisos internacionales del país en esta materia”*.

4.23 Entonces, respecto de esta violación legal, sostiene que el artículo 44.20 del LORCPM prevé las atribuciones de la máxima autoridad de la entidad, siendo una de estas el cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la ley, así como la normativa supranacional, sosteniendo para ello que no se había aplicado la decisión No. 608 de la CAN.

4.24 Ahora bien, la mención al cuerpo normativo contenido en la Decisión 608 de la CAN, no es suficiente para lograr la consecuencia requerida para que la proposición jurídica se torne como completa, más que nada por el carácter nomofilático inmanente al recurso extraordinario de casación, debiendo para tal efecto señalarse la hipótesis y la consecuencia jurídica. Para ello será necesario tomar del universo normativo, una o más normas jurídicas y no, como se ha señalado en el recurso, señalar una atribución de la máxima autoridad, y de manera genérica un cuerpo normativo, como es el contenido en la mentada decisión.

4.25 Bajo este escenario, se advierte que el enunciado del artículo 44.20 de la LORCPM resulta ser meramente enunciativo de las atribuciones del Superintendente, así como la decisión 608 de la CAN.

En razón de ello, la denuncia de la falta de aplicación del artículo en mención, necesariamente requirió invocar las normas determinadas de derecho dentro de la decisión indicada, para estimar que existe una proposición jurídica completa.

4.26 En este orden, la denuncia de la falta de aplicación de una norma en abstracto, de características enunciativas o una norma que contenga una definición legal, sin sus correlativas normas complementarias, ocasionaría que su aplicación respecto la situación particular no sea jurídicamente adecuada; de allí, su importancia en la fundamentación del recurso.

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

4.28 Por consiguiente, al no haber señalado las normas jurídicas que completan la proposición jurídica, esta Sala no analizará la causal invocada, debido a que el recurrente no ha cumplido con los requisitos formales necesarios para aseverar que en la sentencia hubo inaplicación de la norma legal acusada. Por lo que se rechaza la causal acusada.

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 el procurador judicial de la compañía Kimberly-Clark Ecuador S.A., el doctor César Coronel Jones, y consecuentemente, no se casa la sentencia dictada el 27 de mayo de 2019, las 10h51, por el Tribunal

de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL



Juicio No. 01803-2018-00470

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 10 de septiembre del 2021, las 11h17. **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 y Fabián Racines Garrido, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **01803-2018-00470:**

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

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

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 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), Iván Larco Ortuño y Fabián Racines Garrido.

II. Antecedentes

2.1. El 28 de diciembre de 2018, Olga Raquel Bermeo Samaniego inició una acción subjetiva contra el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Cuenca (^aGAD Cuenca^o) y la Procuraduría General del Estado para que se declare la nulidad de los oficios 2062 y DGAC-6134-2018, respectivamente suscritos por el Alcalde de Cuenca y el Director General de Avalúos y Catastros del GAD Cuenca. En lo principal, fundamentó su pretensión en que esos actos expresos eran contrarios al acto ficto que se generó por silencio administrativo, mediante el cual quedó aceptada su petición de que se reavalúen sus bienes al valor que constaba en el informe pericial que adjuntó a dicha solicitud (USD 1000 por metro cuadrado).

2.2. Mediante sentencia de 15 de noviembre de 2019, las 16h52, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca (^aTDCA^o) declaró sin lugar la demanda. Inconforme con lo resuelto, Olga Raquel Bermeo Samaniego interpuso recurso de casación el 2 de enero de 2020, que fue complementado mediante escrito de 12 de mayo de 2020. Este fue admitido por las causales primera y quinta del artículo 268 del COGEP en auto de 8 de julio de 2021, las 8h13.

2.3. El 2 de junio de 2021, el presente caso fue sorteado electrónicamente a este tribunal; y, el 26 de agosto de 2021 a las 15h00, se celebró la audiencia de fundamentación del recurso de manera telemática. En esta, los miembros del tribunal decidieron por unanimidad rechazar la casación interpuesta por Olga Raquel Bermeo Samaniego. En mérito de lo dispuesto en el artículo 93 del COGEP, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación.

III. Validez procesal

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

IV. Análisis del recurso

1. Causal primera: Violación de normas procesales

4.1. La recurrente alega el TDCA incurrió en una falta de aplicación del artículo 142.7 del COGEP, que establece:

Art. 142.7 COGEP.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: (1/4) 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la **exhibición**, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

4.32. Argumenta que el TDCA inadmitió -de manera infundada- la práctica de una exhibición judicial que solicitó en la demanda, en los siguientes términos: *“la exhibición de los documentos en los que conste el proceso seguido por la entidad municipal para la fijación del avalúo catastral de los inmuebles de la propiedad de la actora (1/4)”*.

4.3. A criterio de la recurrente, el artículo 142.7 COGEP contiene una referencia expresa a la exhibición judicial como un medio de prueba; y, que esta fue inobservada por el TDCA dentro de la audiencia preliminar, pues inadmitió la prueba antedicha por estimar que la exhibición ya no se encontraba prevista en la norma procesal aplicable, el COGEP.

4.4. La recurrente afirma que lo anterior la dejó en indefensión, pues con la exhibición judicial hubiese podido demostrar que el GAD Cuenca había fijado los avalúos catastrales de sus bienes sin considerar los criterios y parámetros determinados en la normativa pertinente.

4.5. Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la recurrente, corresponde que este tribunal analice la procedencia o no de la causal primera del artículo 268 del COGEP por la falta de aplicación del artículo 142.7 *ibídem*. Para verificar este yerro, es necesario que el juzgador haya debido aplicar la norma adjetiva en determinado momento procesal y que, al no haberlo hecho, haya viciado al proceso de una nulidad insubsanable o haya dejado en indefensión a un sujeto procesal, influyendo en la

decisión de la causa.

4.6. En este caso, el artículo 142.7 del COGEP contiene una regla de trámite que el juzgador debe aplicar al momento de calificar la demanda, en particular, cuando el actor alega que no tiene acceso a prueba documental o pericial. En ese supuesto, el juzgador debe verificar que el anuncio probatorio incluya la descripción de la prueba de imposible acceso, el lugar en que esta se encuentra y la justificación de que no se pudo acceder a la misma.

4.7. De lo anterior, se verifica que el TDCA no tenía la obligación de aplicar la regla de trámite en cuestión al momento de valorar la admisibilidad de la prueba dentro de la audiencia preliminar, que es el momento en el que la recurrente alega que ocurrió la violación, sino que es aplicable en la calificación de la demanda. Así, el criterio de este tribunal coincide con la vertida por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia en la absolucón de consulta contenida en el oficio No. 954-P-CNJ-2019 de 10 de diciembre de 2019, donde señaló lo siguiente:

De acuerdo con el Art. 142 numerales 7 y 8 del COGEP que se refiere al contenido de la demanda, si no se tiene acceso a prueba documental o pericial, se deberá describirla y precisar el lugar en que se encuentra para solicitar el acceso judicial a esa prueba.

Por lo tanto, **al momento de calificar la demanda** la o el juzgador debe establecer si el accionante cumple con justificar los elementos para que se admita el acceso judicial a determinada prueba, esto es, una descripción de en qué consiste el documento o informe de peritos, el lugar en que se encuentra y la justificación de que no se pudo acceder a la misma. De no ser este el caso, la o el juzgador en el auto de calificación a la demanda expresará motivadamente las razones por las que no admite la petición del actor, incluso si la prueba pudo habérsela practicado como diligencia preparatoria (¼).

Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Absolucón de consulta, Oficio No. 954-P-CNJ-2019, 10 de diciembre de 2019, p. 2, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/No_P enales/Civil/79.pdf

4.8. Además, contrario a lo que sostiene el recurrente, el artículo 142.7 del COGEP no contiene un reconocimiento de la exhibición judicial como un medio probatorio autónomo, sino como una

diligencia para practicar la prueba documental. Para comprender esta distinción, es necesario aclarar en qué consiste un medio de prueba.

4.9. Los medios probatorios son los instrumentos que se utilizan dentro de un proceso para establecer la verdad de un hecho. Por un lado, los hechos corresponden a una realidad anterior y extraña al proceso. Existen con independencia de que el proceso se siga o no. Esto se conoce como la fuente de prueba. Por otro lado, los medios probatorios nacen y se forman en el proceso. Son las actuaciones procesales por las que la fuente de prueba se introduce al proceso [Claudio Meneses Pacheco, ^aFuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil^o, *Revista Ius et Praxis* 14 (2): 50-51].

4.10. Por ejemplo, cuando se trata de prueba documental, la fuente se compone del documento y el medio probatorio consiste en la actividad por la cual aquél es incorporado a la causa. En la prueba testimonial, el testigo y su conocimiento constituyen la fuente de prueba, y la declaración judicial viene a ser el medio probatorio [Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, y S. Sentís Melendo, Buenos Aires: Uteha, vol. II, n°280, 1944, 153].

4.11. En el COGEP, la exhibición de cosas y documentos está prevista como una diligencia preparatoria que permite preconstituir una prueba documental antes de iniciar el proceso principal, de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 122 de COGEP, en concordancia con el artículo 120 del COGEP. Además, la exhibición constituye una actuación judicial de práctica probatoria que tiene lugar en la audiencia de juicio o única con el propósito de que la parte procesal que aportó documentos u objetos pueda practicar la prueba documental, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 196 del COGEP.

4.12. De esta manera, los documentos se constituyen en un medio probatorio cuando han sido aportados oportunamente al proceso, según el artículo 159 del COGEP, y actuados bajo las reglas que establece el artículo 196 del COGEP. Esto último incluye la lectura del documento en su parte pertinente y su **exhibición pública** ante el juzgador dentro de la audiencia. En otras palabras, el medio probatorio es la documentación y no la exhibición. Esta es sólo una diligencia que se practica sobre la prueba documental.

4.13. Según el COGEP, lo que corresponde a la parte actora es aportar -desde su demanda- la prueba documental para que esta sea practicada en audiencia de juicio o única. Cuando el actor no cumple con eso, el juzgador no tiene nada respecto de lo cual ordenar una exhibición. Por lo cual, no se advierte un yerro por parte del TDCA cuando, en la audiencia preliminar, negó la exhibición

solicitada por la recurrente bajo el argumento de que *“la exhibición de documentos ya no está prevista en el COGEP. Aquí lo que se tiene que hacer es ya producir la prueba”*. De lo resuelto por el TDCA, se advierte que este razonó -de manera acertada- que la recurrente debía haber aportado la documentación desde la demanda y no pedir la exhibición de ella a su contraparte porque tal diligencia no es un medio probatorio reconocido por el COGEP.

4.14. La excepción que permite al actor dejar de aportar la documentación desde la presentación de la demanda es que no haya tenido acceso a esta. No obstante, en ese supuesto, los numerales 7 y 8 del artículo 142 del COGEP -en concordancia con los artículos 159 y 219 *ibidem*- exigen que el actor anuncie la prueba a la que le fue imposible acceder y que solicite el acceso a esa prueba, justificando la imposibilidad de obtenerla sin orden judicial.

4.15. No basta que una parte procesal pida al juez que dispona una exhibición de documentos a su contraparte. La norma procesal obliga a quien solicita tener acceso a documentos o informes mediante orden judicial que demuestre que no le ha sido posible acceder a esos documentos ya sea por la negativa de quien los posee a entregarlos o por existir alguna norma que proteja la información personal respecto de terceros salvo disposición judicial [Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Absolución de consulta, Oficio No. 921-P-CNJ-2018-17, 5 de julio de 2018, https://cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/No_Penales/Procesal/30.pdf].

4.16. De esta manera, la excepción sólo se activa cuando el sujeto procesal interesado ha cumplido con el anuncio de la prueba de imposible acceso y la solicitud para obtenerla -debidamente justificada- para que el juzgador valore si concede o no tal petición. De lo contrario, la regla general obliga que la prueba documental sea aportada por quien desea beneficiarse de ella.

4.17. En el presente caso, no se observa que la recurrente haya ofrecido una justificación sobre la imposibilidad de acceder a *“los documentos en los que conste el proceso seguido por la entidad municipal para la fijación del avalúo catastral de los inmuebles de la propiedad de la actora”* (foja 42). Por ende, no cumplió los requisitos para activar el supuesto excepcional relativo a la prueba documental de imposible acceso. En consecuencia, no se advierte que la decisión del TDCA haya sido infundada, como dice la casacionista en su recurso.

4.18. Por último, este tribunal considera que la supuesta violación de trámite que alega la recurrente carece de trascendencia. En la demanda, Olga Raquel Bermeo Samaniego no buscó el control de legalidad de los actos por los cuales el GAD Cuenca fijó el avalúo catastral de sus inmuebles en 2017,

producto de la solicitud de 20 de febrero de 2017. Impugnó los actos contenidos en los oficios 2062 y DGAC-6134-2018 en los que se negaron sus peticiones de reavalúo de bienes, presentadas en 29 de diciembre de 2017 y 2 de enero de 2018.

4.19. Si la controversia del juicio no versaba sobre la validez y legalidad de los actos relacionados al avalúo de bienes realizado por el GAD Cuenca en 2017, la negativa de la exhibición de *“los documentos en los que conste el proceso seguido por la entidad municipal para la fijación del avalúo catastral de los inmuebles de la propiedad de la actora”* no tenía la aptitud para influir en la decisión de la causa simplemente porque eso no formaba parte del ámbito de pronunciamiento del TDCA.

4.20. Por todo lo expuesto, se concluye que no existió una violación de la regla de trámite establecida en el artículo 142.7 del COGEP que haya tenido influencia en la decisión tomada por el TDCA en la sentencia recurrida. Consecuentemente, se rechaza la causal primera del artículo 268 *ibídem*, conforme fue invocada por la recurrente.

2. Causal quinta: La falta de aplicación de normas sustantivas

4.21. La causal de casación establecida en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP contiene la llamada *violación directa* de la ley sustantiva o de la doctrina legal. En esta, no cabe consideración respecto de los hechos. Se parte de la base que la apreciación del tribunal *ad quem* es correcta sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 1ra Edición, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Andrade & Asociados, 2005, p.182].

4.22. Por lo cual, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, corresponde al tribunal de casación examinar la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente [Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 192, 24 de marzo de 1999, R. O. 211 de 14 de junio de 1999].

4.23. En concreto, esta causal se configura en tres supuestos:

- 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.
- 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.

- 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, pp. 214-218

4.24. En el presente caso, la entidad recurrente alega que la sentencia del TDCA incurrió la falta de aplicación de las normas sustantivas contenidas en los artículos 105 del Código Orgánico Administrativo (^aCOA^o), 495 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (^aCOOTAD^o) y 66 de las Normas Técnicas Nacionales para el Catastro de Bienes Inmuebles Urbanos-Rurales y Avalúos de Bienes; Operación y Cálculo de Tarifas por los Servicios Técnicos de la Dirección Nacional de Avalúos (^aNormas Técnicas^o), así como en la disposición transitoria tercera de la Ley para evitar Especulación sobre el Valor de las Tierras (^aLey de Plusvalía^o).

4.25. La argumentación de la recurrente se resume en que una de las causales de nulidad de los actos administrativos, conforme al artículo 105.1 del COA, es que estos sean contrarios a la Constitución y la ley. A criterio de la recurrente, los actos contenidos en los oficios 2062 y DGAC-6134-2018 son incompatibles con la ley, en concreto, con los artículos 495 del COOTAD, 66 de las Normas Técnicas y disposición transitoria tercera de la Ley de Plusvalía relativos a parámetros que debe observar la Administración municipal al momento de fijar el valor de los catastros y su obligación de actualizar esos valores. Por lo cual, la recurrente estima que el TDCA debía declarar su nulidad. Al no haberlo hecho, el TDCA incurrió en una violación de esas normas sustantivas por el yerro de falta de aplicación.

4.26. Además, alega que el TDCA debía aplicar el artículo 105.6 del COA para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados porque estos eran contrarios al acto ficto que se generó a su favor por la falta de contestación oportuna a sus solicitudes 29 de diciembre de 2017 y 2 de enero de

2018. Sin embargo, el TDCA no lo hizo, por lo que cometió el yerro de falta de aplicación del artículo 105.6 del COA.

4.27. Bajo los argumentos propuestos por la recurrente, corresponde analizar si el TDCA cometió el yerro de falta de aplicación de las normas sustantivas invocadas. Para el efecto, es necesario precisar que esta forma de violación directa se configura ante un ^aerror de existencia^o. Esto sucede cuando la norma sustantiva está ausente en el razonamiento del juzgador, pese que debía estar presente.

4.28. Así, el yerro no se configura respecto de los artículos 495 del COOTAD y 66 de las Normas Técnicas dado que esas normas estuvieron presentes en la parte considerativa de la sentencia impugnada. En el considerando cuarto de la sentencia, el TDCA señaló:

De la revisión de las disposiciones legales se determina que efectivamente la parte ahora accionante ha solicitado el re avalúo; pero **en ninguna de las disposiciones a las que ha hecho referencia** se hace constar que tendrán como base el informe de un Perito contratado por el peticionario; pues de ser así en donde quedaría la seguridad jurídica consagrada en el Art. 82 de la Constitución (¼)

4.29. El TDCA se remitió a las normas referidas por la actora para hacer su análisis. Sin duda hizo la remisión a los artículos 495 del COOTAD y 66 de las Normas Técnicas porque esas disposiciones fueron alegadas en los fundamentos de derecho de la actora, específicamente, en los puntos a y b del título 4.2 de la demanda (foja 39 y reverso). Entonces, tales disposiciones fueron aducidas en la sentencia, de manera indirecta por el TDCA. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado:

En lugar de señalar el artículo de la ley, la autoridad judicial también puede, para cumplir el primer requisito de la motivación, identificar la norma aplicada al caso indicando en qué consiste la regulación de la norma (el contenido del artículo) y el cuerpo normativo donde está contenida (la denominación de la ley específica), **u otra manera para reconocerla**. [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1584-15-EP/20, 16 de septiembre de 2020, párr. 24].

4.30. En este caso, es posible reconocer las normas de los artículos 495 del COOTAD y 66 de las Normas Técnicas en el razonamiento del TDCA a través de la remisión que hizo a las alegaciones de la propia parte actora. Por lo cual, mal podría decirse que tales normas estuvieron ausentes en la sentencia, de manera que se configure un error de existencia.

4.31. Con fundamento en el análisis de los artículos 495 del COOTAD y 66 de las Normas Técnicas, la conclusión del TDCA fue ratificar la validez de los actos administrativos impugnados, pues no eran contrarios a la ley. Dado que el presupuesto del artículo 105.1 del COA para declarar la nulidad de un acto administrativo es que este sea contrario a la Constitución y la **ley**, y tras haber visto que el TDCA verificó que aquello no ocurría en el caso, la norma del artículo 105.1 del COA no resultaba aplicable al momento de resolver la causa. En otras palabras, el TDCA no debía aplicar esa disposición del COA porque, en el caso, no se daba el supuesto requerido para su aplicación. Por ende, tampoco se configura el yerro de falta de aplicación del artículo 105.1 del COA.

4.32. Adicionalmente, este tribunal estima que el TDCA no estaba en obligación de aplicar el artículo 105.6 del COA. Esta norma es aplicable cuando existe una contradicción entre el acto expreso -cuya nulidad se acusa- y el acto presunto producido por un silencio administrativo positivo. En el caso que nos ocupa, ni siquiera existía un acto presunto que favoreciera a la recurrente.

4.33. La inexistencia de un acto administrativo presunto, en este caso, se justifica en dos motivos principales: (i) el silencio administrativo positivo no opera cuando el derecho de petición del administrado ya ha sido satisfecho por un acto expreso de la Administración; y, (ii) la Administración no puede realizar derogaciones individuales de un reglamento a través de actos administrativos, expresos o presuntos.

4.34. En relación al primer punto, cabe mencionar que el silencio administrativo positivo es un mecanismo que opera ante la inactividad de la Administración para garantizar que el administrado reciba una respuesta a sus peticiones, en *pro* del derecho de petición reconocido en los artículos 32 del COA y 66.23 de la Constitución. *Contrario sensu*, si el administrado recibe una respuesta expresa de la Administración, le sea favorable o no, su derecho de petición ya ha sido satisfecho y por tanto, no puede operar el silencio administrativo.

4.35. Una petición no es nueva si el administrado busca lo mismo que en una solicitud anterior. Entonces, atendida la primera petición, la Administración dio satisfacción al derecho de petición. Por ende, el silencio administrativo positivo no puede operar para favorecer una petición, otra vez presentada, que ya se había negado expresamente al administrado sobre ese objeto. Admitir aquello sería permitir que el administrado cometa un fraude a la ley y presente la misma solicitud *ad infinitum*, esperando que en alguna ocasión transcurra el término para que opere el silencio administrativo a su favor, a pesar de que una respuesta expresa de la Administración ya le negó su pedido o lo aceptó sólo

de manera parcial.

4.36. De esta manera, las peticiones de reavalúo de 29 de diciembre de 2017 y 2 de enero de 2018 no podrían haber dado lugar a un silencio administrativo positivo porque la primera petición de reavalúo de 20 de febrero de 2017 fue expresamente atendida por la Administración Municipal a través del oficio No. DACE-3613-2017.

4.37. Respecto del segundo punto, se advierte que la actora pretendía que -a través del acto administrativo presunto- se le conceda algo que la Administración no hubiese podido conceder ni aún de manera expresa porque habría significado la derogación individual de un acto normativo de carácter general a través de un acto administrativo de efectos individuales.

4.38. El principio de *inderogabilidad singular* es uno de los principales condicionantes impuestos por el ordenamiento jurídico sobre la potestad reglamentaria de la Administración pública, y supone, en definitiva, la imposibilidad de que la regulación general contenida en una norma con rango reglamentario se vea contravenida o dispensada por medio de un acto administrativo de alcance particular [Víctor Manteca Valdelande, ^a La potestad reglamentaria de las Administrativas Públicas°, *Actualidad Administrativa* (9), Sección Práctica Profesional, quincena del 1 al 15 de mayo de 2012, p. 1211].

4.39. La inderogabilidad singular encuentra fundamento en el principio de legalidad. El sometimiento de la Administración pública al Derecho no sólo se manifiesta respecto de las normas impuestas por parte del poder legislativo, sino también en relación a las normas que la propia Administración puede dictar en ejercicio de la potestad reglamentaria. De este modo, la Administración pública se encuentra vinculada por sus propios reglamentos hasta el punto de que no puede exceptuar su vigencia por medio de actos administrativos de alcance particular. Además, esto guarda relación con la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la aplicación de las normas [Víctor Manteca Valdelande, *op. cit.*; Eduardo García de Enterría, ^a Observaciones sobre el fundamento de inderogabilidad singular de los reglamentos°, *Revista de administración pública* (27), 1958, p. 83].

4.40. En el presente caso, la ordenanza de ^a *aprobación del plano de valor del suelo urbano y rural, de los valores de la tipologías de las edificaciones, los factores de corrección del valor de la tierra y edificaciones y las tarifas que regirán para el bienio 2018-2019°*, aprobada el 24 de noviembre de 2017 por el Concejo Cantonal del GAD Cuenca, establecía los mecanismos de cálculo del valor de los avalúos catastrales.

4.41. En ninguna disposición de la ordenanza, se permitía que el cálculo sea efectuado de manera particular por un perito contratado por el propietario del bien. Consecuentemente, las peticiones de reavalúo de 29 de diciembre de 2017 y 2 de enero de 2018 no habrían podido ser acogidas favorablemente por la Administración Municipal, sin derogar individualmente las normas generales que cualquier otro ciudadano debía seguir para el recálculo del avalúo de sus bienes, bajo la ordenanza. Entonces, en el caso, no se puede corroborar la existencia de un acto administrativo presunto respecto de una petición que transgrediría el principio de inderogabilidad singular.

4.42. En vista de que no existía un acto administrativo presunto, no se cumplían las condiciones para que el TDCA aplique el 105.6 del COA para resolver la causa, por lo que no se corrobora el yerro alegado por la recurrente sobre esta norma.

4.43. Por último, la disposición transitoria tercera de la Ley de Plusvalía disponía:

Respecto de los contribuyentes que realicen de forma voluntaria la actualización de los avalúos de sus predios dentro del año siguiente a la promulgación de la presente Ley, pagarán durante los dos años siguientes, el impuesto sobre los predios urbanos y rurales sobre la base utilizada hasta antes de la actualización, sin perjuicio de que los sujetos activos puedan actualizar sus catastros de conformidad con la ley, casos en los cuales el referido impuesto se calculará sobre la base actualizada por los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos.

4.44. Esta disposición hace referencia a la manera en que debía calcularse el impuesto sobre los predios urbanos y rurales con catastros ya actualizados. Así, su aplicación incumbe al supuesto fáctico donde se haya dado la actualización del catastro y exista una controversia relativa al cálculo de los impuestos antedichos.

4.45. Nada dice sobre la manera en que la Administración Municipal debe actuar ante una petición de reavalúo, ni sobre la validez de los actos administrativos, por lo cual, no era aplicable dentro de un juicio en que el TDCA debía resolver sobre la nulidad o no de actos por los cuales el GAD Cuenca negó la petición de reavalúo de bienes de la actora.

4.46. En consecuencia, el TDCA no debía aplicar la disposición transitoria tercera de la Ley de Plusvalía para la decisión de la causa; y, por tanto, no se configura el yerro de falta de aplicación de

norma sustantiva.

4.47. Por todo lo expuesto, este tribunal concluye que el TDCA no incurrió en la causal quinta del artículo 268 del COGEP, pues no existió una falta de aplicación de los artículos 105 del COA, 495 del COOTAD, 66 de las Normas Técnicas y disposición transitoria tercera de la Ley de Plusvalía.

V. Decisión

5.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **rechaza** el recurso de casación interpuesto por la Olga Raquel Bermeo Samaniego, y por lo tanto decide **no casar** la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2019, las 16h52, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL



Juicio No. 01803-2018-00470

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 6 de octubre del 2021, las 09h49. **VISTOS:** Transcurrido el término concedido en el auto precedente, se resuelve lo siguiente:

I. Antecedentes procesales

1.1. El 10 de septiembre de 2021, las 11h17, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso de casación interpuesto por Olga Raquel Bermeo Samaniego dentro del juicio N°. 01803-2018-00470. Esta sentencia fue notificada a las partes el mismo día (foja 58); y, en su contra, la casacionista interpuso recurso de aclaración el 15 de septiembre de 2021.

1.2. El 20 de septiembre de 2021, las 14h12, el juez ponente dispuso que se corra traslado a la parte contraria con el recurso de aclaración por el término de 48 horas, de conformidad con el artículo 255 del Código Orgánico General de Procesos. Transcurrido el tiempo concedido sin una respuesta al traslado, corresponde que este tribunal decida sobre la aclaración interpuesta por la casacionista.

II. Solicitud de aclaración

2.1. La casacionista solicita que se aclaren tres cuestiones: (i) la razón por la cual en la sentencia se manifiesta que no ha existido falta de aplicación del artículo 105.1 del Código Orgánico Administrativo; (ii) en relación a la inderogabilidad singular de un reglamento, se explique *“ como (sic) se puede entender que una valoración que es un derecho particular de una persona sobre su propiedad, que es un derecho individual, personal y subjetivo reconocido el ordenamiento jurídico puede ser considerado y vulnerado en la forma lacónica en la que se realiza, es decir, como un derecho de regulación general que es exigible de manera individual° ”*; y, (iii) la razón por la que se considera que no se configuró el silencio administrativo positivo.

2.2. Por último, la casacionista invoca una violación de sus derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva porque, en la audiencia de fundamentación del recurso, se concedieron 15 minutos de

intervención a su defensor técnico.

III. Análisis

3.1. *Oportunidad del recurso.*- Conforme al artículo 255 del Código Orgánico General de Procesos, la solicitud de aclaración debe formularse dentro del término de tres días contados desde la notificación de la sentencia. En este caso, la sentencia impugnada fue notificada el 10 de septiembre de 2021 y el recurso fue interpuesto el 15 de septiembre de 2021. Es decir, fue planteado oportunamente dentro de los tres días establecidos en el artículo 255 del Código Orgánico General de Procesos.

3.2. *Objeto del recurso de aclaración.*- Según el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, la aclaración procede cuando exista oscuridad en la sentencia. En este caso, las razones por las cuales este tribunal estimó que no existió una falta de aplicación del artículo 105.1 del Código Orgánico Administrativo constan en el párrafo 4.31 de la sentencia; y, sobre el silencio administrativo, en los párrafos 4.33 al 4.42 de la sentencia. No se observa oscuridad o ambigüedad en la redacción de aquellos motivos, por lo cual, no hay nada que aclarar sobre el primer y tercer punto de la petición de la casacionista.

3.3. En cuanto al segundo punto de la petición de la casacionista, este tribunal observa que tal alegación no está orientada a que se esclarezca el sentido de un pasaje de la sentencia, sino que refleja su inconformidad con la aplicación de la figura de la inderogabilidad general de los reglamentos, como uno de los argumentos de los jueces casacionales para desestimar el recurso. Dado que la aclaración no es un medio de impugnación que permita mutar el sentido de la decisión tomada en sentencia, el pedido de la casacionista no puede prosperar.

3.4. En consecuencia, el recurso de aclaración de la casacionista es improcedente en todos los puntos de su petición.

3.5. *Sobre el tiempo concedido en audiencia.*- Se recuerda al abogado de la casacionista que el juez ponente se encuentra encargado de dirigir el proceso y las audiencias, lo que incluye interrumpir a las partes, encauzar el debate y limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, de conformidad con los artículos 2 y 80 del Código Orgánico General de Procesos.

3.6. Además, cuando se le indicó el tiempo que tendría para su intervención en la audiencia no impugnó tal decisión en el momento procesal oportuno, sino que lo hace, ahora, después de que no

pudo ajustarse al tiempo concedido.

3.7. No sólo que se le concedió la oportunidad de presentar sus argumentos de manera oral, sino que se le otorgó un tiempo prudencial. Tómese, por ejemplo, que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (artículo 14) establece veinte minutos a favor del accionante para que este demuestre el daño y los fundamentos de la acción. En ese caso, el baremo del legislador se fundamenta en la gravedad que puede revestir a una violación de derechos constitucionales. En el caso de las audiencias del Código Orgánico General de Procesos, el legislador no fijó tiempos de intervención, dejándolo a la prudencia del juzgador para que este lo regule de manera casuística.

3.8. Al abogado de la casacionista, se concedieron quince minutos para la fundamentación del recurso, que resulta suficiente en atención a la complejidad del caso. Sin embargo, gran parte de ese tiempo, el abogado lo dedicó a leer un documento, sin hacer un intento de ajustar su intervención a la orden que recibió sobre el tiempo de intervención, a pesar de su deber de colaborar con las instrucciones del tribunal en atención al numeral 1 del artículo 330 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.9. Dado que se concedió un tiempo prudencial de intervención -además de la réplica- y que las fallas en la estrategia de litigio oral, escogida por la defensa técnica, no son atribuibles a la autoridad jurisdiccional, este tribunal no encuentra que se haya cometido una violación de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa que merezca ser corregida.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, este tribunal resuelve **NEGAR** el recurso de aclaración interpuesto por Olga Raquel Bermeo Samaniego contra la sentencia de 10 de septiembre de 2021, las 11h17. Por lo cual, las partes deberán atenerse a lo dispuesto en la sentencia. Notifíquese.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL



Juicio No. 17811-2017-00955

**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, jueves 9 de septiembre del 2021, las 14h54. **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-**

JUEZ PONENTE: Fabián Patricio Racines Garrido

VISTOS.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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

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

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

d) Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 2 de junio de 2021, constante a fojas 35 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 Secaira Durango; y Milton Enrique Velásquez Díaz; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia de 22 de octubre de 2019, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio No. 17811-2017-00955, en lo medular, resolvieron:

“ (1/4) Por lo expuesto, este Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve: 1) Aceptar parcialmente la demanda presentada por la compañía DATAPRO S.A., declarando la ilegalidad de los actos impugnados, Acuerdo No. 17-0576 CNA de 5 de abril de 2017 de la Comisión Nacional de Apelaciones y Acuerdo No. IESS-CPPCP-2016-3402-A de 13 de diciembre de 2016 de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS, por lo que reestableciendo los derechos del accionante, así como los del afiliado Pazmiño Molina Iván Roberto se dispone al IESS viabilice la afiliación y aportaciones del referido trabajador Pazmiño Molina Iván Roberto, efectuadas por DATAPRO S.A., por el período comprendido entre 23 de julio de 2002 y el 31 de septiembre de 2008, debiendo incluirse los intereses, multas y recargos respectivos del régimen ordinario de una aportación extemporánea, sin que sea pertinente por lo expuesto a lo largo de esta sentencia acogerse dicha afiliación a lo previsto en el Art. 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, para lo cual, se ordena su desbloqueo de los registros y sistemas informáticos del IESS, así como se practique la liquidación respectiva de los valores que deben ser satisfechos adicionalmente. No procede: Las costas procesales por no haberse justificado el presupuesto establecido en el Art. 284 del Código Orgánico General de Procesos, como tampoco honorarios que

regular.(1/4)°.

1.2.- El representante legal de la compañía DATAPRO S.A. y el IESS interpusieron recurso de casación en contra de la referida sentencia. La compañía accionante fundamentó su recurso en el caso 2 del artículo 268 del COGEP; y la entidad demandada IESS fundamentó su recurso en los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Mediante auto de 06 de agosto de 2020, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dispuso al IESS que en el término de cinco días aclare el recurso deducido.

1.4.- Con escrito de 14 de agosto de 2020, la entidad recurrente aclaró el recurso de casación deducido, cumpliendo así con lo ordenado por la Conjueza Nacional.

1.5.- Con auto de 24 de agosto de 2020, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el referido recurso de casación.

1.6.- Con auto de sustanciación de fecha 14 de julio de 2021, se convocó para el día viernes 27 de agosto de 2021, a las 11h00, a fin de que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.7.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció los recurrentes compañía DATAPRO S.A. e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, acompañados de sus defensores técnicos, quienes fundamentaron sus recursos con base en las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes procesales, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se rechazó los recursos de casación interpuestos por los recurrentes, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación:

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 22 de octubre de 2019, por el Tribunal de instancia ha incurrido en los errores de derecho acusados por los recurrentes. De comprobarse uno o varios de los yerros acusados, se emitirá la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

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

2.4 También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las

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

III.- ANÁLISIS

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA DATAPPRO S.A.

3.1.- Con cargo al caso segundo del artículo 268 del COGEP, el casacionista acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de motivación en la sentencia reprochada. Esta Sala de casación considera importante recordar que la causal invocada procede cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la ley o, en su parte dispositiva, se hayan adoptado decisiones contradictorias o incompatibles. Debe tenerse en cuenta que la sentencia es la providencia judicial mediante la cual el o los juzgadores, resuelven en su totalidad el fondo del asunto controvertido puesto a su conocimiento; por tanto, su contenido es único e íntegro y debe ser estimado en ese rigor procesal; entendiéndose que su parte expositiva esboza un resumen de la materia que forma parte de la controversia; que su parte considerativa, contiene la motivación, en la que se halla el análisis de lo demandado, la confrontación con las oposiciones formuladas en la contestación y sus consecuentes excepciones; la valoración probatoria, lo que permite al juzgador establecer la verdad material que arroja el proceso judicial; para luego tomar las normas jurídicas que corresponden ser aplicadas a esos hechos a fin de solucionar el

problema jurídico de la controversia; subsunción con la cual, se obtiene como resultado la emisión del pronunciamiento judicial que se encuentra en la parte resolutive. En ese contexto, la sentencia es el producto de la adecuación de los hechos con el derecho pertinente.

3.2. La ^a falta de motivación^o hecha al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la ley de la materia, produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo ordenado en el artículo 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, que ha sido esgrimida como motivo del recurso. Dicha norma establece que: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados^o”*.

3.3. De la norma constitucional transcrita, se evidencia la importancia que tiene la motivación de las resoluciones en general y de las sentencias en particular. Motivar a la luz del desarrollo jurisprudencial, consiste en la operación lógica de confrontar con suficiencia los hechos controvertidos con el derecho aplicable, pues la motivación constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. La motivación de la sentencia es uno de los elementos fundamentales en el control de la legalidad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.

3.4. En el caso en concreto, la recurrente para fundamentar el yerro de falta de motivación contenido en su escrito recursivo sostiene que: *“Lo resuelto en la presente causa por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, carece de una adecuada motivación porque sustenta su decisión en el presunto incumplimiento de requisitos, aunque los mismos no están previstos ni señalados en la Ley^o”*.

3.5. Más adelante, en su mismo escrito casacional, transcribe el numeral 5.4 de la sentencia interpelada, que hace relación al análisis y motivación de la decisión adoptada por el *Tribunal a quo* y

manifiesta: ^a *De lo anterior, cabe deducir que la argumentación sobre la que se resuelve esta causa es que las obligaciones con el IESS pueden ser revisadas varias veces, inclusive sobre la base de normas que no estuvieron vigentes a la fecha de los hechos materia de análisis (1/4) Sin embargo, todos estos razonamientos carecen de lógica*^{1/4} °.

3.6. A continuación el recurrente transcribe la parte de la sentencia en la que el Tribunal de instancia que hace referencia al registro y pago extemporáneo de afiliaciones, y al respecto el casacionista manifiesta que dicha sentencia: ^a *1/4 no ha correlacionado y muchos menos señalado con qué elementos probatorios actuados dentro del proceso el IESS justificó la existencia de una presunción de afiliación fraudulenta*^{1/4} °.

3.7. Sobre que las obligaciones que están frente al IESS que se encuentran en mora, desde el registro del aviso de entrada del trabajador, el casacionista manifiesta que: ^a *1/4 para configurar la mora era necesario que las obligaciones estuvieran originadas en planillas o establecidas en actos de determinación, resoluciones administrativas, liquidaciones, registros, glosas y títulos de crédito emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social emitidas antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas Inversión Extranjera significa crear un requisito con base a una interpretación extensiva de la norma y que adicionalmente contradice el sentido de lo que expresamente indica el artículo 18 de la Resolución No. CD-506*^{1/4} °.

3.8. En los numerales 4.1.12 y 4.1.13 del memorial casacional, el recurrente expone cuál debió haber sido la correcta interpretación de la Resolución No.CD-506, y en numeral 4.1.13 indica cuál ha sido el error de interpretación en que ha incurrido el Tribunal de instancia, para concluir que toso estos errores terminan perjudicando económicamente (sanción económica) a la compañía DATAPRO S.A.

3.9. En el caso *in examine*, es preciso señalar que el casacionista estaba en la obligación de explicar los motivos por los cuales considera que la sentencia recurrida carece de motivación, o si contiene una motivación indebida o insuficiente, limitándose a realizar un alegato en defensa de sus intereses, como

si se tratara del extinto recurso de tercera instancia.

3.10. En este sentido, la compañía recurrente transcribe determinados varios considerandos de la sentencia para a continuación contradecir lo determinado en dicho fallo; revelándose de esta manera que lo único que ha hecho el casacionista es mostrar su desacuerdo con la sentencia recurrida. Es así que la sentencia interpelada, determina que no se aplicó las normas vigentes a la época, mientras que el recurrente afirma que se aplicó normas de manera retroactiva. También el recurrente muestra su desacuerdo con el análisis que el Tribunal de instancia hace respecto al registro y pago de afiliaciones extemporáneas, afirmando que la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia es ilógica.

3.11. Finalmente debe señalarse que el casacionista, lejos de fundamentar la causal alegada, se acusa a la sentencia de errónea interpretación de una determinada norma jurídica, pues describe cuál sería esa errónea interpretación, señala cuál debió haber sido la correcta interpretación, y cita cómo esa errónea interpretación ha incidido en la parte resolutive de la sentencia recurrida, aspectos que solamente podían ser invocados al amparo de otra causal de casación, distinta a la que sirvió de fundamento para este recurso.

3.12. Por consiguiente, el hecho de que la motivación de la sentencia recurrida no coincida con la interpretación jurídica de la compañía recurrente, no significa que dicha sentencia carezca de motivación. Los desacuerdos, disconformidades o discrepancias que la compañía casacionista pueda tener con la forma de argumentar que ha utilizado el Tribunal de instancia, de ninguna manera constituye causa suficiente para casar la sentencia, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

3.13. RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.

3.14. Del memorial de casación, se desprende que la recurrente acusa de la sentencia tres cargos de la causal 2 del Art. 268 del COGEP, esto es, **cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos**

por la ley, en la parte dispositiva de la sentencia se adopten decisiones contradictorias o incompatibles y cuando el **fallo no cumple con el requisito de motivación**.

3.15. En cuanto se refiere al primer cargo, esto es, cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la ley, que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en su Resolución N.º 112 de 21 de abril de 2003, (Ponce vs. Cedeño), nos enseña: *“el numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación señala dos vicios del fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal, como el que se omita la identificación de las personas a quienes el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los «considerandos»), o en la parte resolutive, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien la expide; y, b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles.”*

3.16. El artículo 95 del COGEP, recoge los requisitos que debe contener la sentencia escrita, que a la letra dice:

“Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá:

- 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.*
- 2. La fecha y lugar de su emisión.*
- 3. La identificación de las partes.*
- 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.***
- 5. La decisión sobre las excepciones presentadas.*
- 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.*
- 7. La motivación.*
- 8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.*
- 9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.”* (Énfasis agregado)

3.17. Sobre este cargo, la recurrente manifiesta que, la sentencia recurrida no contendría la enunciación resumida de los antecedentes de hecho, y expone: *“ (1/4) La sentencia de 22 de octubre de 2019, las 08h20 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, no contiene la enunciación resumida de los antecedentes de hecho y de derecho, apeados a la realidad procesal (1/4) el Tribunal, se refiere a otros actos administrativos que no son los que en el presente proceso se encuentran impugnados, como es el caso que se refiere al Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1308-A de 13 de diciembre de 2016, acto administrativo que no es parte de este proceso por tanto existe incongruencia con la realidad procesal, al referirse a los fundamentos de hecho y de derecho que evidencian el yerro cometido por los señores Jueces, en la enunciación de los antecedentes de hecho, que al no corresponder a la realidad procesal del caso que se juzgada y poner otros que no corresponden a la misma, con claridad meridiana, son nulos y por lo tanto inexistentes (1/4)°*

3.18. En la especie, se tiene que en los considerandos segundo y tercero de la sentencia recurrida, consta la enunciación de los antecedentes de hechos de la demanda y de las contestaciones a la demanda y las excepciones planteadas, el hecho de que el Tribunal *a quo* haya deslizado un error de transcripción en la enunciación de los antecedentes de la contestación a la demanda del IESS, que en su parte pertinente dice: *“ 1/4 Que, la Jefe de Unidad Provincial de Afiliación y Cobertura de Pichincha del IESS, mediante Memorando No. IESS-UPACP-2017-5154-M de 13 de abril de 2017, llegó a la conclusión que los aportes pagados por DATAPRO S.A. correspondientes al trabajador EDUARDO MIRABEU CHARPENTIER RICCI 1/4° ; no es razón suficiente para que el vicio acusado pueda prosperar, más aun cuando la propia norma establece que cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la ley, procederá el cargo acusado, situación que en la presente causa no ha sucedido, pues el Tribunal de instancia en ninguna parte de la sentencia ha omitido el requisito contenido en el numeral 4 del Art. 95 del COGEP.*

3.19. Adicionalmente, debe recalcar que el Tribunal de instancia en la sentencia interpelada, realiza un análisis del objeto de la controversia que se constriñe a verificar si el Acuerdo No. 17-0576 CNA de 5 de abril de 2017 y si el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2016-3402-A de 13 de diciembre de 2016 son sujetos al ordenamiento y si como consecuencia de lo anterior debe declararse la validez de las aportaciones del trabajador de DATAPRO por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2008. En virtud de lo expuesto, se rechaza el cargo alegado por la entidad

recurrente.

3.20. Respecto al segundo cargo, esto es, **cuando en la parte dispositiva de la sentencia se adopten decisiones contradictorias o incompatibles**. Santiago Andrade Ubidia, sobre esta causal, nos enseña lo siguiente: *“ Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive, así lo establece la causal quinta, que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.”* (Andrade Ubidia, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador. Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005págs. 137-138).

3.21. Según la casacionista, en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se han adoptado decisiones incompatibles y contradictorias, luego de transcribir varias partes de la sentencia recurrida, arguye: *“ ¼ hay inconsistencias e incertidumbres respecto de la relación laboral; el Tribunal expresa en la sentencia que, el IESS actuó apegado a derecho, y que la falta de documentación del inicio de afiliación, sirvió de base para que el IESS después de la investigación apegada a la ley, delirara indebidas las aportaciones pagadas por DATAPRO S.A., sin embargo se resuelve declarar la validez de la afiliación durante el periodo en controversia(¼)°*. Más adelante, la entidad casacionista concluye: *“ La contradicción e incongruencia de la parte dispositiva en contraste con los enunciados en los antecedentes de hecho y de derecho, incluso entre los enunciados de la misma motivación y decisión de la causa, afecta al fallo, en tal magnitud que el Tribunal jamás analizó que bajo la figura de simulación de relación laboral, lo cual está prohibido por la misma Constitución, se pueden beneficiar del sistema de la seguridad social las personas que dicen haber trabajado en relación de dependencia y no lo demuestran, atentando de esta manera a la sostenibilidad y transparencia del Sistema de Seguridad Social establecido en el artículo 368 de la Constitución de la Republica, considerándose además que el señor Ivan Roberto Pazmiño Molina, jamás fue parte procesal, en la causa que se juzga ya que nunca intervino en el presente juicio a defender los supuestos derechos subjetivos que le reconoce el Tribunal sin que el supuesto beneficiario se los haya solicitado.”*

3.22. La sentencia del Tribunal de instancia, en el apartado de ^a Motivación y la Decisión de la causa, señala que:

^a (¼) Del análisis de las normas legales y reglamentarias y del estudio que se ha efectuado al expediente administrativo, respecto al procedimiento reglado para el beneficio establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, el Tribunal comprueba que DATAPRO S.A. no se encontraba incurso en el presupuesto establecido por el legislador de haber estado en mora de sus obligaciones patronales, pues lo que realizó DATAPRO S.A. fue una afiliación extemporánea la cual de acuerdo con el artículo 18 del Reglamento para la Aplicación de la Remisión de Intereses, Multas y Recargos de Obligaciones Patronales en Mora, estaban sujetas a verificación, lo cual no solo puede generar una declaración de afiliación fraudulenta en los casos que se encuentre aquella situación, sino otro tipo de pronunciamientos que en ejercicio de la verificación de aportaciones corresponda al IESS con el fin de hacer efectivo el aseguramiento del afiliado en la forma prevista por la ley, incluida la imposición de responsabilidad patronal, en los casos que corresponda, por lo que, es claro para el Tribunal que se ha obrado en conformidad con el ordenamiento jurídico y el debido proceso respecto de la regularización de aportaciones de la empresa DATAPRO S.A., sin se aprecie que se haya aplicado normativa posteriormente emitida, sino únicamente las normas que se encontraban vigentes a la época en que la accionante presentó su trámite al IESS, entre ellas el referido Art. 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera y la Resolución No. CD 506 que contiene el Reglamento para la Aplicación de la Remisión de Intereses, Multas y Recargos de Obligaciones Patronales en Mora; de lo cual se concluye que se garantizó el principio de irretroactividad de las normas jurídicas en la instancia administrativa y se descarta aquel argumento, pues no se ha invocado tales normas, ni se ha justificado en forma alguna que haya aplicado en los actos impugnados la Resolución No. CD 516, ni el Memorando No. IESS-DNAC-2016-0457-M. (¼)

(¼) El Tribunal encuentra que existe contrato de trabajo con fecha 23 de julio de 2002 y documentación adicional que demuestra no solo la prestación de servicios, sino que adicionalmente se pretendió desnaturalizar la relación de dependencia realizando facturaciones y egresos periódicos por montos fijos ante la prestación de un trabajo, situación que no se la regularizó cuando correspondía, sino muy posteriormente. Por lo que es claro que existió una relación de dependencia entre la empresa accionante DATAPRO y

el señor Pazmiño Molina Iván Roberto, por lo que al existir contrato laboral y demostración de la dependencia y remuneración pactada durante los años que se pretendían regularizar, es incuestionable que debe reconocerse el derecho de afiliación, así como recibirse los valores que por tal efecto tienen que ser reconocidos, con los respectivos recargos y multas por el incumplimiento en el registro y oportuno pago de la afiliación. Sin que pueda desconocerse, el derecho del señor Pazmiño Molina Iván Roberto a ser amparado por el sistema de seguridad social, de lo cual si se evidencia que las autoridades del IESS vulneraron derechos al emitir los acuerdos impugnados, pues al declarar indebidos tales aportes, inobservaron los principios constitucionales consagrados a favor del trabajador, impidiéndole de esta manera ser beneficiario del derecho a la seguridad social que le otorga la Constitución de la República. (1/4)

(1/4) Debe destacarse que los servidores públicos en instancia administrativa debían velar que se dé cumplimiento, a las normas y garantías constitucionales, en especial a los derechos sociales como los derivados de relaciones laborales y de seguridad social, como es el del señor Pazmiño Molina Iván Roberto quien estaría siendo afectado injustificadamente por la autoridad, así como la empresa accionante DATAPRO S.A. a quien se le estaría impidiendo cumplir su obligación social, en calidad de empleadora con las consecuencias que aquello generaría, al impedir se regularice el incumplimiento al artículo 73 de la Ley de Seguridad Social y el resto de obligaciones que se derivan de una relación laboral que no fueron cumplidas oportunamente y que generan mora patronal, la obligación de pago de los aportes no pagados y los recargos y multas respectivos, todo lo cual demuestra que los actos impugnados son ilegales al declarar indebida la afiliación Pazmiño Molina Iván Roberto en un periodo que tiene que ser reconocido y regularizado no en la forma de remisión prevista en el Art. 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Pública Privadas e Inversión Extranjera, sino bajo el régimen normal de aportaciones extemporáneas con los respectivos intereses, multas y recargos. (1/4)° (Énfasis agregado)

3.23. Luego del análisis efectuado por el Tribunal de instancia, se resolvió:

^a 1) Aceptar parcialmente la demanda presentada por la compañía DATAPRO S.A., declarando la ilegalidad de los actos impugnados, Acuerdo No. 17-0576 CNA de 5 de abril de 2017 de la Comisión Nacional de Apelaciones y Acuerdo No. IESS-CPPCP-2016-3402-A de 13 de diciembre de 2016 de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS, por lo que reestableciendo los derechos del accionante, así como los del

afiliado Pazmiño Molina Iván Roberto se dispone al IESS viabilice la afiliación y aportaciones del referido trabajador Pazmiño Molina Iván Roberto, efectuadas por DATAPRO S.A., por el período comprendido entre 23 de julio de 2002 y el 31 de septiembre de 2008, debiendo incluirse los intereses, multas y recargos respectivos del régimen ordinario de una aportación extemporánea, sin que sea pertinente por lo expuesto a lo largo de esta sentencia acogerse dicha afiliación a lo previsto en el Art. 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, para lo cual, se ordena su desbloqueo de los registros y sistemas informáticos del IESS, así como se practique la liquidación respectiva de los valores que deben ser satisfechos adicionalmente. No procede: Las costas procesales por no haberse justificado el presupuesto establecido en el Art. 284 del Código Orgánico General de Procesos, como tampoco honorarios que regular.º

3.24. En el caso de estudio, la Sala observa que la sentencia recurrida no adolece de incongruencia o incompatibilidad en su parte resolutive, el Tribunal de instancia ha desarrollado el análisis en base a los argumentos de cada una de las partes procesales de manera lógica y congruente, pues su conclusión se encuentra debidamente respaldada por las premisas del mismo. El Tribunal de instancia, toma como punto de partida para resolver esta causa, que existe un contrato de trabajo celebrado entre el afiliado Iván Pazmiño Molina y la compañía DATAPRO S.A., y a consecuencia de ello, el IESS no puede desconocer el derecho del afiliado a ser amparado por el sistema de seguridad social, puesto que, se lo estaría afectando de manera injustificada, así mismo, la empresa accionante estaría impedida de cumplir con su obligación social, razón por la cual el Tribunal *a quo* arriba a la decisión de aceptar parcialmente la demanda reconociendo las aportaciones extemporáneas del afiliado por el período comprendido entre 23 de julio de 2002 y el 31 de septiembre de 2008, debiendo incluirse los intereses, multas y recargos respectivos del régimen ordinario de una aportación extemporánea, sin que le sea aplicable lo previsto en el Art. 23 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera. En virtud de lo expuesto, la Sala no encuentra que la sentencia en sus partes dispositiva y resolutive contenga contradicciones o sean incompatibles, por lo que el recurso por este extremo no puede prosperar.

3.25. Respecto al tercer cargo, esto es, cuando el **fallo no cumple con el requisito de motivación**. En la fundamentación del recurso por este vicio, la entidad casacionista luego de transcribir varias citas doctrinarias sobre la motivación, señala: *ª la sentencia recurrida adolece de vicio por falta de motivación ya que en ella no se explica la pertinencia de los fundamentos de hecho, relacionado con*

los fundamentos de derecho por los que determino su resolución, pues en el presente caso los señores jueces confundieron los fundamentos de hecho del proceso que se encuentra juzgando, lo cual dio como resultado una sentencia inmotivada, incurriendo en la casual 2 del artículo 268 del COGEP por falta de motivación.º

3.26. Esta Sala Especializada observa que la argumentación de la casacionista para sostener este yerro es el mismo que utilizó para alegar que la sentencia cuestionada no cumple con los requisitos exigidos por la Ley; en consecuencia, se rechaza esta alegación de conformidad con lo indicado en los numerales 3.18 y 3.19 de esta sentencia.

3.27. Respecto de la fundamentación del recurso de casación, la jurisprudencia nacional ha indicado: *“La fundamentación es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentar, sin razonar las infracciones denunciadas, no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos o circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada, sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido incurrió la infracción”* (Corte Suprema de Justicia, expediente 213-93. R.O. 319 de 18 de mayo de 1998, entre otros)

3.28. Por lo expuesto, la casacionista no cumple con una adecuada fundamentación, respecto del cargo de falta de motivación de la sentencia recurrida, por lo tanto, en virtud principio dispositivo al ser el recurso de casación un recurso extraordinario y formalista, este Tribunal no puede suplir las omisiones del casacionista, por lo que se rechaza el recurso por este extremo.

3.29. Respecto del vicio de falta de aplicación del artículo 370 de la Constitución del Ecuador.

En primer lugar, esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal quinta del artículo 268 del COGEP que consiste en: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.º* Dicha causal se refiere ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error

in iudicando in jure, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por ^a falta de aplicación^o (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por ^a aplicación indebida^o de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por ^a errónea interpretación^o (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Es decir, se da por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en ^a un error de existencia^o, la aplicación indebida entraña ^a un error de selección^o y, la errónea interpretación equivale a ^a error del verdadero sentido de la norma^o.

3.30. Las Salas Especializadas de la Ex Corte Suprema, ahora Corte Nacional de Justicia, han sido coincidentes en reiterar que esta infracción: *“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 recurrente”* (Resolución 192-24 de marzo 1999. Juicio 84-98- ROS 211 14 Jun. 1999. Citado por Andrade Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 181).

3.31. En suma, la falta de aplicación se produce cuando el juzgador omite aplicar la disposición sustantiva llamada a dar solución al problema jurídico determinado en el proceso, es decir, no se hace uso de la norma pertinente al caso, lo que va hermanado por la circunstancia de que el juzgador utiliza indebidamente, en lugar de la pertinente, otra que no corresponde, que es impertinente al caso, dando como resultado una decisión distinta a aquella que una subsunción adecuada habría determinado.

3.32. Para fundamentar el recurso por este vicio la recurrente sostiene en lo medular que: *“1/4 la falta de aplicación del Art. 370 de la Constitución de la Republica así como de los artículos 40 y 43 de la Ley de Seguridad Social, afecto al fallo, tornándose en arbitraria la resolución tomada por los Jueces, el Tribunal se tomó atribuciones que no le competían, pues no es un Juzgado del Trabajo, y en el presente caso no se ventilaba la relación de dependencia del señor IVAN ROBERTO PAZMIÑO MOLINA, sino si eran debidas o no las aportaciones, acogiéndose a la Ley de remisión de Intereses, cuando carecía de sustento la afiliación, al no aplicar en la sentencia los artículos 370 de la Constitución de la Republica, los señores Jueces, debieron aplicar los artículos 41 y 43*

fundamentando que la Comisión de Prestaciones y Controversias así como la Comisión de Apelaciones son los órganos de reclamación competentes para determinar los derechos del asegurado y las obligaciones de los empleadores, lo que dio como resultado que, se le exija al IESS otorgar un derecho a quien no demostró que existiera el nexo laboral con la empresa DATAPRO S.A.º

3.33. Así las cosas, para que pueda prosperar 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 en la parte resolutive del fallo. Para lo cual 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 Tribunal de instancia 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 distinta, y no de aquel resultado que la aplicación de la norma omitida hubiere determinado.

3.34. En este sentido, sobre el vicio de falta de aplicación que es acusado por la casacionista, este Tribunal de casación verifica que en el considerando 5.4 de la sentencia recurrida, en la que consta la motivación del fallo, en el párrafo trigésimo primero, el Tribunal de instancia transcribe el contenido del artículo 370 de la Constitución de la Republica, y expresa lo siguiente: *“Por su parte, el artículo 370 de la Norma Fundamental indica que: “El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.”*

3.35. Lo transcrito evidencia que para resolver el tema de la existencia de las aportaciones efectuadas a favor del trabajador, que es uno de los puntos controvertidos, el Tribunal de instancia ha considerado y aplicó el artículo 370 de la Constitución del Ecuador, ya que no solamente citó y transcribió la norma, sino que utilizó su contenido para resolver que en el caso analizado son válidas las aportaciones efectuadas a favor del trabajador, con lo cual queda desvirtuada la fundamentación del recurso por este extremo.

3.36. Respecto a la indebida aplicación del Art. 34 de la Constitución del Ecuador.

En este punto resulta necesario recordar que el vicio de indebida aplicación acusado por la casacionista entraña *“un error de selección”* y se presenta cuando el juzgador ha utilizado la norma para un caso que no es el previsto por el legislador. La indebida aplicación comprende un yerro en la subsunción del hipotético normativo dentro de los elementos fácticos, es decir, nace no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica (Murcia Ballén, Humberto; Recurso de Casación Civil; 2005; Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez; Sexta Edición; Bogotá ± Colombia; p. 331-332). En este orden de ideas, la casacionista debe identificar la norma sustantiva aplicada de forma indebida por la sentencia recurrida, los hechos que dentro del análisis del Tribunal de instancia se subsumieron en la norma infringida, la conexión entre la infracción directa y la afectación a la parte dispositiva del fallo y, como consecuencia de los anteriores supuestos, el casacionista está obligado a traer a colación la norma que en defecto de la aplicada indebidamente, debía subsumir dichos hechos.

3.37. En el presente caso, el recurrente afirma que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente el Art. 34 de la Constitución de la República del Ecuador, y señala: *“1/4 al aplicar indebidamente el principio del Art. 34 de la Constitución de la República del Ecuador, se emitió una sentencia que afecta la justicia y los intereses no solo del IESS sino de todo el Sistema de Seguridad Social, ya que se estaría privilegiando los intereses particulares del señor IVÁN ROBERTO PAZMIÑO MOLINA, en detrimento de los demás afiliados, que tiene que, reunir los requisitos, justificando el trabajo o la relación laboral, no aquellos que se benefician del Sistema de Seguridad Social SIMULANDO UNA RELACION LABORAL NO JUSTIFICADA, puesto que si se hubiese aplicado la abundante y específica normativa a los cuales los hechos se subsumen, se habría declarado legal el Acuerdo No. 170576 C.N.A. de 5 de abril de 2017. Resolver como lo hizo el Tribunal, sentenciando que se cancelen los aportes por un periodo de tiempo en el que supuestamente existió una relación laboral que no ha sido verificada o validada por las normas específicas del IESS a través de sus órganos administrativos establecidos por la Ley representa un grave perjuicio en contra de todo el Sistema de Seguridad Social ya que se podría instaurar el mecanismo de recurrir a los jueces para que un empleador manifieste tener una relación laboral con un ciudadano lo afilie extemporáneamente, sin cumplir con la validación y confirmación de esa relación laboral conforme la normativa de la Institución, violentando flagrantemente los derechos de los demás afiliados del IESS, que tiene que demostrar las relaciones laborales de dependencia, para más tarde poder acogerse a las prestaciones que el IESS otorga a sus afiliados como es el caso de la jubilación, causando además un grave daño a la transparencia, y sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social. (1/4) la indebida aplicación de una norma conlleva la falta de aplicación de una u otras normas, en el caso presente (sic) indebida aplicación del artículo 34 de la Constitución de la República conlleva a la falta de aplicación del*

artículo 368, 370 ibídem, y artículos 41 y 43 de la Ley de Seguridad Social, incurriendo en la causal 58 del Art. 268 del COGEP.º

3.38. En el caso *in examine*, la Sala revela que el ejercicio necesario de la fundamentación no se encuentra en el escrito casacional del recurrente; más bien, evidencia el desacuerdo del casacionista que tiene con la decisión judicial que impugna, limitándose únicamente a sostener que la indebida de aplicación de la norma sustantiva alegada como infringida representa un grave perjuicio en contra del Sistema de Seguridad Social. De tal suerte, que el casacionista, si bien identifica cuál es la norma que el juzgador aplicó indebidamente, así como las posibles normas que están llamadas a dar solución al objeto de la controversia; no señala las razones por las cuales estima que la norma potencialmente infringida, no era la llamada a dar solución a la controversia, ni tampoco expone las razones por las cuales los artículos 368, 370 de la Constitución, y artículos 41 y 43 de la Ley de Seguridad Social, eran las normas que debían ser aplicadas para resolver la presente causa, y como estas normas hubieran influido de manera determinante la decisión de la causa.

3.39. En consecuencia, esta Sala Especializada aprecia que el recurrente no ha logrado justificar los vicios acusados de la norma jurídica denunciada como infringida, razón por la cual es improcedente el recurso por este extremo.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, rechaza los recursos de casación interpuestos por la compañía accionante DATAPRO S.A. y la entidad recurrente Coordinación Zonal 6 del Ministerio de Educación; en consecuencia, **NO CASA** la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2019, las 08h20, por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2017-00955.- **Notifíquese y devuélvase.-**

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL



Juicio No. 17811-2017-00955

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 30 de septiembre del 2021, las 09h35. **VISTOS.-** Una vez que se ha corrido traslado correspondiente a las demás partes procesales, esta Sala dispone: **1)** Atento al pedido realizado por la entidad demandada, de conformidad a lo establecido en el Art. 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 100 del Código Orgánico General de Procesos, por tratarse de un *lapsus calami* en la sentencia escrita que fue notificada el 13 de septiembre de 2021 que, en su parte resolutive, señala que: *“¼ rechaza los recursos de casación interpuestos por la compañía accionante DATAPRO S.A. y la entidad recurrente Coordinación Zonal 6 del Ministerio de Educación¼.”* se corrige dicha parte, sin alterar ni modificar el resto del texto; y en su lugar dirá: *“¼ rechaza los recursos de casación interpuestos por la compañía accionante DATAPRO S.A. y la entidad recurrente Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;¼.”* En todo lo demás las partes estarán a lo dispuesto en la sentencia antes citada.- Notifíquese.-

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL



Juicio No. 01803-2018-00210

RESOLUCION 716-2021

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

AUTOR/A: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 10 de septiembre del 2021, las 10h21. **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 No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional.-

iv Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha miércoles 2 de junio de 2021, según foja 24, 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; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código

Orgánico de la Función Judicial.

v. Con auto de sustanciación de fecha martes 13 de julio de 2021, las 09h21, y con fundamento en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se convocaron a las partes para el día viernes 27 de agosto de 2021, a las 09h00, para que tenga lugar la audiencia de casación dentro de la causa No. 01803-2018-00210.

vi. En el día y hora fijados para el efecto, se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron, por una parte el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, acompañado de su defensa técnica, quien fundamentó su recurso con base a las causales admitidas a trámite de conformidad con el auto de admisión; y por otra, la Contraloría General del Estado, representada por su defensa técnica. Luego de escuchar a las partes procesales, esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, por lo que corresponde, al tenor del artículo 93 del COGEP, emitir la sentencia escrita y debidamente motivada, conforme los términos que se exponen a continuación:

I.

ANTECEDENTES

1.1 La Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca (en adelante, ^aTDCA° o ^aTribunal de instancia°, indistintamente) expidió la sentencia con fecha viernes 28 de febrero de 2020, las 14h25, dentro de esta causa signada con el No. 01803-2018-0021, promovido por el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, en contra de la Contraloría General del Estado (en adelante, ^aCGE°), en la cual se resolvió: *^a Por lo que, al no haberse desvirtuado los incumplimientos por parte del actor, éste Tribunal Distrital 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, declara sin lugar la demanda y, en consecuencia, ratifica la validez de la Resolución 4623 de 26 de julio de 2017, suscrita por el Señor Subcontralor General del Estado, en lo que corresponde al accionante. Sin costas.- Hágase saber.-°*

1.2 El señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, interpuso recurso de casación en contra de la citada

sentencia, el cual fue admitido a trámite por la doctora Hipatia Susana Ortiz Vargas, en su calidad de Conjueza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de miércoles 19 de agosto de 2020, las 10h47, por las causales segunda, cuarta y quinta del artículo 268 del COGEP; notificado a las demás partes procesales a efecto de que puedan dar contestar dicho recurso conforme lo señalado en el artículo 270 del Código *ibídem*.

II.-

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

2.1 La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante ^aCOFJ°); y, artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante ^aCOGEP°).

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el viernes 28 de febrero de 2020, por el TDCA de la ciudad de Cuenca, incurrió en los yerros acusados por recurrente; estos son:

- Causal segunda del artículo 268 del COGEP que refiere a: *“ Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.”*
- Causal quinta del artículo 268 del COGEP que refiere a: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*
- Causal cuarta del artículo 268 del COGEP que refiere a: *“ Cuando se haya incurrido en*

aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.^o

2.3 La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, que han sido emitidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, así como por las Salas de las Cortes Provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte, 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 de las normas constantes en el ordenamiento jurídico pertinente; es por esto que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas, cumpliendo de esta manera, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (*Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015 todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia*).

2.4 El recurso de casación, así mismo, 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; siendo en lo que respecta a los autos 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 ver con el razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha. El recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que

potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso, pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. (*Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020, de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia*)

III

ORDEN DE ANÁLISIS DE LAS CAUSALES ADMITIDAS A TRÁMITE

3.1 Luis Cueva Carrión en su obra ^aLa Casación en Material Civil^o nos enseña que: *“Las causales de casación constituyen la parte central del sistema procesal impugnativo denominado recurso de casación; son el eje en torno al cual gira todo este sistema y de su correcto manejo depende el éxito en la actividad profesional”* (Cueva Carrión Luis. La Casación en Materia Civil, Edit. Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, pág. 221)

3.2 Conforme se desprende del auto de admisión de 19 de agosto de 2020, la Conjuenza Nacional, admitió el recurso de casación por las causales segunda, cuarta y quinta del artículo 268 del COGEP.

3.3 Para efectos del análisis de cada una de estas causales, esta Sala Especializada considera pertinente utilizar la metodología que propone Santiago Andrade Ubidia en su obra ^aLa Casación Civil en el Ecuador^o, no obstante de que dicha metodología está planteada sobre la base de la derogada Ley de Casación, siendo adaptable para el caso en concreto, según la numeración y el contenido señalado en el artículo 268 del COGEP. Andrade Ubidia señala que: *“Se examinarán los motivos o causales de casación en el siguiente orden: en primer lugar la causal segunda, a continuación la quinta y la cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera, por considerar que éste es el orden lógico que debe aplicar el juzgador al momento de resolver el proceso.”* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 116).

3.4 En este sentido, esta Sala Especializada examinará los motivos casacionales en el siguiente orden: **(1) Causal segunda**, que refiere a la falta de motivación, **(2) Causal cuarta** en cuanto se refiere a la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, **(3) Causal**

quinta por aplicación indebida del artículo 27 numerales 2 y 3 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del GAD Provincial de Morona Santiago y falta de aplicación del artículo 82 de la Constitución de la República

IV

ANÁLISIS DE LA CAUSAL SEGUNDA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS CUANDO LA SENTENCIA NO CUMPLE EL REQUISITO DE MOTIVACIÓN

4.1 En palabras del tratadista Fernando de la Rúa, la motivación de la sentencia: *“constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. La exigencia es una garantía de justicia a la cual se la ha reconocido jerarquía constitucional como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación, además se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. El tribunal que deba conocer el eventual recurso reconocerá de la motivación los principales elementos para ejercer su control”*^{1/4} La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y excluir lo arbitrario. La sentencia, enseña Florian, no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada. Por ella, la *<libertad de convencimiento no puede degenerar en un arbitrio ilimitado, y en la estimación de la prueba no puede imperar la anarquía, toda vez que la ley no autoriza jamás juicios caprichosos>*^{1/4} El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de su sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa, legítima y lógica sobre este requisito, se anota que el juez debe observar en la sentencia las reglas de recto entendimiento humano, que presiden la elaboración racional de los pensamientos. El juez debe ajustarse a sus principios. Si se aparta de ellos, las palabras no alcanzarán la jerarquía de pensamiento, y el fallo será inválido” (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 146).

4.2 Esta Sala Especializada, en su Resolución No. 240-2020 de 10 de junio de 2020, dentro de la causa No. 01803-2018-00030 señaló que: *“Consideramos que la motivación opera como una*

verdadera justificación racional de la sentencia en el sentido amplio del concepto. Desde esta perspectiva, el órgano jurisdiccional debe justificar los argumentos racionales que son fundamento de la decisión, sobre todo, cuando se trata de elementos valorativos. La motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos (premisas) que la fundamentan; debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Los hechos o sea la descripción fáctica es el presupuesto de aplicación de la ley y, por tanto, un requisito de la motivación en derecho de la sentencia; los hechos constituyen el sustento de la aplicación normativa. Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica, individualizando la norma jurídica que se aplica a los hechos comprobados y que justifica la decisión.°

4.3 Así también, la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sobre la motivación en la sentencia No. 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011, manifestó que: *“La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión”*¼*Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada.*°

4.4 El artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República sobre la motivación dice: *“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*°

4.5. El artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, sobre la motivación señala: *“Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como*

a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.^o

De los numerales anteriormente señalados queda claro entonces que la motivación constituye un elemento esencial en todas las actuaciones administrativas y judiciales, la cual no es otra cosa sino la explicación de lo realizado o resuelto por la autoridad respectiva, en nuestro caso, por parte de los jueces que han expedido sus sentencias, quienes deben plasmar en ellas el ejercicio reflexivo que llevan a cabo al analizar el caso puesto en su conocimiento, que exprese el razonamiento lógico entre los hechos y la subsunción de ellos a la norma o normas jurídicas por él aplicadas para resolver el caso, en base a un acto racional que se verá reflejado en su decisión, la cual deberá guardar coherencia con dicho análisis, no bastando para ello una repetición burda de normas a lo largo de su fallo sino un verdadero ejercicio técnico de pertinencia para haberlas aplicado.

4.6 En el caso *in examine*, con la finalidad de sostener su alegación, el recurrente plantea el siguiente argumento: *“Señores jueces, el Tribunal Ad quem, de manera inmotivada, asegura que el compareciente incumplió con sus funciones de servidor público, (Director de Gestión de Fiscalización), al autorizar el pago indebido de las planillas, beneficiando así al contratista, insisto, argumentación falaz y carente de sustento jurídico, ya que en ningún momento el Tribunal Ad quem procede a realizar un análisis de las competencias y facultades del compareciente, en el ejercicio de mis funciones, y se limita a realizar una aseveración subjetiva de criterio propio, alejado de la realidad, sin argumentación jurídica.”*^o

4.7 Más adelante, el casacionista explica cómo la sentencia recurrida no cumple con los parámetros de lógica, razonabilidad y comprensibilidad. Sobre la **lógica**: *“No realiza premisa lógica y coherente alguna, se sustenta en juicio de valor carente de sustento, para desmerecer lo fundamentado en libelo inicial y lo alegado en audiencia, como lo justificado en la verdad material del proceso.”* En cuanto se refiere a la **razonabilidad**: *“El Tribunal Ad quem, no transcribe normas de derecho, o jurisprudencia, que puedan explicar y motivar la pertinencia de su aplicación, en relación de las aseveraciones realizadas, únicamente menciona parte doctrina referente a la ilegalidad de los actos administrativos, para indicar que el acto impugnado no ha sido desvirtuado; y, el significado etimológico de responsabilidad previsto en el Diccionario de Cabanellas, para intentar justificar las*

aseveraciones falaces, de responsabilidad del compareciente en el ejercicio de sus funciones, por lo expuesto no se puede considerar que el fallo [sic] este motivo, desde la perspectiva de la razonabilidad.° Finalmente, en lo que respecta a la **comprensibilidad**: *“Insisto, la sentencia es incomprensible, al estar formada por criterios subjetivos de valor sin sustento alguno; conjuntamente con enunciados y conceptos jurídicos absolutamente impertinentes.*°

4.8 El Tribunal de instancia para declarar sin lugar la demanda; y, en consecuencia, ratificar la validez de la Resolución No. 4623 de 26 de julio de 2017, determinó lo siguiente: *“d) Lo que se discute en este proceso, y este Tribunal concluye, es que, si el actor debía, en base a sus competencias y atribuciones revisar el proceso de reliquidación de planillas en la forma como fue efectuada. Así: las funciones y competencias del hoy accionante dentro del proceso constan expresamente señaladas en los numerales 2 y 3 del art. 27 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del Gobierno Autónomo Provincial de Morona Santiago el cual señala que: "Son funciones de la Dirección de Fiscalización del GAPMS, las siguientes: (1/4) 2. Exigir el cumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, las especificaciones técnicas de las obras, estableciendo procedimientos de supervisión y verificación sobre los plazos, presupuesto, ensayos de materiales y usos de equipos; 3. Garantizar la correcta ejecución de las obras, mediante el control de la calidad, el avance físico y el avance financiero de las obras, cumpliendo con lo previsto en las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado." e) La tramitación de las planillas sujetas a reliquidación, tienen como origen la propia iniciativa del hoy accionante, de que se las tramite y pague, así consta de su oficio 237-DGF-GPMS de 18 de abril de 2012 enviado al administrador del contrato, en la que en su parte pertinente solicita su autorización para la revisión de planillas de avance y su reliquidación y manifiesta: "me veo en la necesidad de solicitarle a Usted como Administrador del contrato, se nos autorice la revisión de las planillas de avance y reliquidación de las mismas; ...". Esa iniciativa de tramitar el pago, se deduce igualmente de la revisión que hace la Contraloría General del Estado y que consta de fojas 107 del proceso, constante de oficios 250-DGF-GPMS de 20 de abril de 2012, por la cual el accionante, oficia al Fiscalizador Externo 2, indicando: “1/4 Visto la sumilla inserta en el oficio 1/4 237-DGF-GPMS 1/4 respeto (sic) al pedido de autorización por parte de esta Dirección para la revisión de las planillas de avance de obra desde la 1/4 01 hasta la 1/4 13, del proyecto: “Construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría Shiramentza”, cantón Gualaquiza, me permito adjuntar la mencionada autorización para su conocimiento y trámite respectivo 1/4 ° f) **Las competencias de los servidores públicos, y en este caso del hoy actor, en el desarrollo de su cargo no fueron observadas, no se verificó la pertinencia o no de tramitar la reliquidación de las planillas, ni se solicitaron ni se***

adjuntaron a la reliquidación, documentación y exámenes que permitan tener la certeza de que lo no pagado en la construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría - Shiramentza, y las multas devueltas, merezcan una reliquidación por ser obras efectivamente realizadas y por plazos evidentemente cumplidos. Al existir reclamaciones por parte del contratista, con respecto al planillaje realizado por parte del Fiscalizador Externo 1, no se podía considerar que en este existían errores, sin hacer de su parte algún tipo de confrontación y validación; y sustentar su decisión en la reliquidación del Fiscalizador Externo 2, cometiendo la misma inobservancia de falta de supervisión y verificación, evidencia el incumplimiento de sus funciones, que trajo como consecuencia un perjuicio económico a la entidad provincial. g) La responsabilidad del servidor público en el desempeño de su cargo; para este caso, se fundamenta en los artículos 226 y 233 de la Constitución de la República, artículo 99 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículos 12 literales a) y b) y 77 de la LOCGE. h) La determinación de responsabilidades, en la forma como la ha planteado la Contraloría General del Estado en este proceso, no ha sido desvirtuada de la prueba aportada por la parte accionante. Adicional, su pretensión de ilegalidad no ha sido adecuadamente probada en los términos del art. 169 del COGEP. i) La doctrina señala que un acto es ilegal cuando se lo emite sin cumplir los requisitos exigidos en la ley; por lo tanto, un acto administrativo válido y legal es aquel emitido por una autoridad competente, que tenga un objeto lícito y satisfaga las formalidades señaladas por las disposiciones legales aplicables, por el contrario, el acto administrativo ilegal es el que, o bien proviene de una autoridad incompetente, o la voluntad que en él se manifiesta está viciada, no cumple con el requisito de licitud de su objeto o no llena las formalidades establecidas en la ley; aquello, ante este Tribunal no han podido ser desvirtuados los motivos por los cuales se ha emitido la resolución No. 4623 de 26 de julio de 2017. j) Adicional a lo analizado, las actuaciones del hoy accionante no se sujetan a lo dispuesto en el art. 40 de la LOCGE que textualmente dispone: "Art. 40.-Responsabilidad por acción u omisión.-Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley. Lo actuado en el trámite de reliquidación de las planillas, sin las previsiones necesarias que eviten perjuicio económico a la institución provincial, no ha sido desvirtuado adecuadamente ni se ha probado la ilegalidad pretendida por el actor. De lo analizado, podemos decir que las obligaciones de los servidores públicos, devienen por su inacción o inobservancia en culpa; la cual, de ser verificada, como lo es en este caso, este Tribunal puede presumir, y así lo hizo la Contraloría General del Estado, de la presunción de violación a sus obligaciones que como servidor público el accionante debía asegurar para evitar perjuicios al Estado. La falta del debido cuidado en el tema contractual como el analizado supone que el accionante, no empleó la diligencia

debida a la que está obligado. Por consiguiente, si la obligación no se observa; y, si el accionante no prueba el cumplimiento de sus obligaciones como servidor público, existe por tanto perjuicio al ente provincial. La palabra responsabilidad etimológicamente significa, "respondum", que proviene de la palabra latina Responder, o lo que nos indica Guillermo Cabanellas en el Diccionario Jurídico Elemental que responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. (Cabanellas, Pág. 352). Se debe entender que la responsabilidad va mucho más allá de la calidad de ser un servidor público; ya que involucra la razón de ser del mismo servidor porque la responsabilidad proviene de la confianza o del encargo; es decir, de la confianza de ejercer o de realizar acciones o actividades."

4.9 Ya en análisis de la casual, esta Sala Especializada considera pertinente identificar cuál fue la participación del señor Cornejo Guamán y cuáles fueron sus tareas en el contrato de ejecución de construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría ± Shiramentza, en una longitud de 130 metros.- Así tenemos que: **(i)** Con fecha 15 de junio de 2010, el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Morona Santiago (en adelante, "GADPMS") suscribió un contrato de ejecución de obra de construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría-Shiramentza, en una longitud de 130m; y, además el 1 de diciembre de 2010, se firmó un contrato complementario para incorporar nuevos rubros no previstos en el contrato principal. **(ii)** El señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán ostentó el cargo de Director de Gestión de Fiscalización del GADPMS desde el 4 de enero de 2012 hasta el 10 de marzo de 2017. **(iii)** En el mes de enero de 2014, fue designado como Administrador de dicho contrato. **(iv) Las funciones del señor Cornejo Guamán, en lo que respecta al contrato en mención, consistían en coordinar entre contratista y fiscalizadores externos respecto del flujo del procedimiento administrativo.**

4.10 Frente a estas tareas y funciones, el Tribunal de instancia señala que: *"Las competencias de los servidores públicos, y en este caso del hoy actor, en el desarrollo de su cargo no fueron observadas, no se verificó la pertinencia o no de tramitar la reliquidación de las planillas, ni se solicitaron ni se adjuntaron a la reliquidación, documentación y exámenes que permitan tener la certeza de que lo no pagado en la construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría - Shiramentza, y las multas devueltas, merezcan una reliquidación por ser obras efectivamente realizadas y por plazos evidentemente cumplidos. Al existir reclamaciones por parte del contratista, con respecto al planillaje realizado por parte del Fiscalizador Externo 1, no se podía considerar que en este existían*

errores, sin hacer de su parte algún tipo de confrontación y validación; y sustentar su decisión en la reliquidación del Fiscalizador Externo 2, cometiendo la misma inobservancia de falta de supervisión y verificación, evidencia el incumplimiento de sus funciones, que trajo como consecuencia un perjuicio económico a la entidad provincial.^o

4.11 El Tribunal de instancia sustentó su decisión en la supuesta inobservancia que el entonces actor habría dado al artículo 27 numerales 2 y 3 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del GADPMS, al considerar que el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, incumplió sus funciones como Director de Fiscalización del GAPMS, al tramitar el pago indebido de planillas al contratista sin ninguna revisión de su parte ante posibles errores. Sin embargo, esta Sala Especializada observa que el recurrente no tenía a su cargo la competencia de autorizador de pagos, siendo lo que realizó fue coordinar los mismos (tramites de pagos) mediante el flujo del procedimiento administrativo de la ejecución de la obra con los fiscalizadores de la obra de quienes demandó, a ellos sí, la autorización respectiva, situación ésta que no ha podido ser desvirtuado de manera objetiva por parte de la entidad recurrida, esto es, a través de la fundamentación, lectura o exhibición de la norma específica ya sea de carácter legal, reglamentaria o contractual, que le hayan impuesto un determinado obrar al señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, en su calidad de Director de Fiscalización del GAD de Morona Santiago, y que el mismo haya sido incumplido, para habersele determinado la responsabilidad que en la especie se la hizo, que de alguna forma permita a esta Sala vislumbrar la transgresión del principio de legalidad señalado en el artículo 226 de la Constitución de la República; así como tampoco los artículos 233 de la misma Carta Fundamental; 99 de la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública; así como tampoco del 12 literales a) y b) y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y no solo sobre la base de la ^apresunción^o a la que llegó el Tribunal a quo, pues la labor judicial no se basa en ^apresunciones^o sino en certezas provenientes de la labor precisamente de la razonabilidad, lógica y comprensibilidad, extraídas de la verdad material del proceso y no en base a conjeturas como la de que la inconducta del recurrente habría sido tener ^a¼ iniciativa para tramitar el pago^¼ de planillas de avance y reliquidación de planillas, que como se analizó anteriormente sí bien era de su competencia, no así la de hacer ^a¼ algún tipo de confrontación y validación^o en su tramitación, más aun cuando había personal técnico encargado de esas funciones como lo eran los fiscalizadores de la obra.

4.12 En este orden de ideas, y dado que esta Sala Especializada advierte ausencia de razonabilidad, lógica y comprensión en la sentencia recurrida; requisitos estos exigidos en nuestra normativa a través

de la sentencia No. 024-16-SEP-CC de 27 de enero de 2016 dictada dentro del caso No. 1630-11-EP por parte de la Corte Constitucional, y por las consideraciones antes expuestas, se acepta el recurso de casación por la causal analizada en este acápite.

V

ANÁLISIS DE LA CAUSAL CUARTA DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP EN CUANTO SE REFIERE A LA FALTA DE APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, SIEMPRE QUE HAYAN CONDUCTIDO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN O A LA NO APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO EN LA SENTENCIA O AUTO

5.1 En palabras de Santiago Andrade Ubidia, en su obra ^aLa Casación Civil en el Ecuador^o se refiere a esta causal, haciendo un símil con la actual casual 4ta del artículo 268 del COGEP, en el siguiente sentido: *“La causal tercera recoge la llamada en la doctrina violación indirecta, que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro^{1/4}”* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 150)

5.2 El mismo autor Andrade Ubidia, nos enseña que: *“Por lo tanto, si se invoca la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, en la fundamentación se ha de demostrar con absoluta precisión el error de derecho en que incurrió el juez al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que los habrá señalado.”* (Andrade Ubidia Santiago. Op cit, pág. 152)

5.3 En cuanto se refiere a los requisitos que se deben acreditar para que prospere esta causal el mismo autor establece: *“1) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio, ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión*

judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar "y siguientes." (Andrade Ubidia Santiago. Op cit, pág. 157)

5.4 En este orden de ideas, podemos indicar que el recurrente, en su memorial de casación ha puntualizado con suma claridad dichos elementos, de la siguiente manera:

(i) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio, ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba.- Según el recurrente: *"La prueba que comete el error el Tribunal en su valoración es la prueba documental: del expediente administrativo que obra de autos, en donde constan los oficios: Nro. 237-DGF-GPMS de fecha 18 de abril del 2012 (foja 249); y, 250-DGF-GPMS del 20 de abril de 2012, que obran en el proceso judicial, como prueba documental."*

(ii) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente.- Según la casacionista: *"La norma de valoración de la prueba infringida es la siguiente: Art. 196 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, que ordena: "Para la producción de la prueba documental en audiencia de juicio se procederá de la siguiente manera: 1. Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente."*

(iii) Demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido al yerro alegado.- Según el memorial de casación: *"Señores Jueces, es importante mencionar que, en la contestación a la demanda, así como, en el acta de audiencia preliminar, que obra de autos, consta la prueba documental [sic] enuncia por Contraloría General del Estado, así como, otra también, el auto interlocutorio de las pruebas que fueron ACEPTADAS por el Tribunal. Dicho esto, el tribunal NO ACEPTO como prueba documental*

del ente de control, entre otras el No. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012, tal como consta en el acta resumen de audiencia preliminar que obra a fojas 306 vuelta del proceso. Estas consideraciones son de suma importancia, para evidenciar como el Tribunal, en el fallo impugnado infringe lo establecido en el art. 196 numeral 1 del COGEP, que claramente indica que la producción de las pruebas documentales, en audiencia de juicio, se exhibirán y leerán en su parte pertinente, lógicamente se refiere a las pruebas documentales que fueron debidamente aceptadas en audiencia preliminar. Es de suma importancia recalcar, que, en dicha diligencia de audiencia preliminar, el Tribunal de instancia, entre otras, únicamente aceptó la compulsas del oficio No. 237-DGF-GPMS de fecha 18 de abril del 2012; es decir, en ningún momento admitió como prueba documental el oficio Nro. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012; sin embargo, en un franco abuso del derecho y de forma arbitraria, en la sentencia recurrida, el Tribunal basa su decisión en el indebido análisis del oficio Nro. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012, insisto prueba documental que no fue admitida. En el presente caso, la prueba documental que fue indebidamente valorada y determinante en la resolución de la causa, es el oficio Nro. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012, que no fue aceptada por el tribunal ad quem, en el momento procesal oportuno, por no haber cumplido con las condiciones de utilidad, conducencia y pertinencia, consecuentemente no fue actuada en audiencia de juicio, hecho que resulta arbitrario, que dicho documento sea un argumento determinante para la resolución de la causa. Por otro lado, la prueba valorada de manera ilógica es el oficio Nro. 237-DGF-GPMS, de fecha 18 de abril del 2012, que obra a fojas 249 del proceso, por cuanto se sostiene por parte del tribunal ad quem, que la reliquidación ^a tiene como origen la propia iniciativa del hoy accionante^o, aseveración falaz, pues de la realidad del expediente administrativo, quien solicitó la reliquidación de las planillas fue el contratista, ARES BRIFDGE; fue autorizada por el administrador del contrato, Arq. Patricio Piñas, Director de Obras Públicas; y, realizada por el Fiscalizador Externo 2, Ing Luis Navarrete.^o

(iv) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada: El recurrente señala que: *“Las normas sustantivas de EQUIVOCADA APLICACIÓN son: Art. 40 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado; y, Art. 223 de la Constitución de la República^{1/4} La EQUIVOCADA APLICACIÓN de las normas en mención, existe cuando, el Tribunal no valora correctamente la prueba documental por lo que erradamente consideran que el compareciente no pudo justificar y demostrar que el acto impugnado es ilegal; y, resuelve ratificar la resolución No. 4623, con la orden de reintegro, en mi contra, por la alta suma de dinero de \$265.842,39 USD. Señores jueces la prueba documental, expediente administrativo que obra de autos, han sido valorados de forma arbitraria,*

insisto los oficios Nro. 237-DGF-GPMS de fecha 18 de abril del 2012; y, Nro. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012, el primero valorado de forma ilógica; y, el segundo incluso no fue admitido por el Tribunal Ad quem, como prueba documental, por no ser claro, conducente y pertinente; sin embargo insisto, fueron indebidamente valorados. Obstaculizando así, la veracidad de los hechos; y, la inexistente responsabilidad del compareciente mediante orden de reintegro. Todo lo expuesto justifica la falta de aplicación de preceptos jurídicos de valoración de la prueba, que fue debidamente individualizado, que [sic] conlleva a la EQUIVOCADA APLICACIÓN de los artículos 40 de la LOCGE; y, 233 de la Constitución de la República, según pasaje del fallo invocado en párrafos anteriores. Es indudable que las definiciones del art. 40 de la LOCGE, conceptualizan cuando existe responsabilidad civil; no obstante, el error de derecho de su EQUIVOCADA APLICACIÓN, es una consecuencia de la infracción procesal de valoración contraria a la lógica del medio de prueba documental, expediente administrativo. Por otra parte, el principio constitucional de responsabilidad de los servidores públicos, no es objeto de discusión jurídica en la causa, por el contrario, lo que correspondía al Tribunal de instancia, era verificar, si el compareciente en el ejercicio de sus funciones, respecto del hallazgo de Contraloría General del Estado, estaba inmerso de un hecho, que amerite orden de reintegro.º

5.5. Sobre esta cuestión acusada, el TDCA señaló en su fallo lo siguiente: *“ e) La tramitación de las planillas sujetas a reliquidación, tienen como origen la propia iniciativa del hoy accionante, de que se las tramite y pague, así consta de su oficio 237-DGF-GPMS de 18 de abril de 2012 enviado al administrador del contrato, en la que en su parte pertinente solicita su autorización para la revisión de planillas de avance y su reliquidación y manifiesta: "me veo en la necesidad de solicitarle a Usted como Administrador del contrato, se nos autorice la revisión de las planillas de avance y reliquidación de las mismas; ...". Esa iniciativa de tramitar el pago, se deduce igualmente de la revisión que hace la Contraloría General del Estado y que consta de fojas 107 del proceso, constante de oficios 250-DGF-GPMS de 20 de abril de 2012, por la cual el accionante, oficia al Fiscalizador Externo 2, indicando: “ ¼ Visto la sumilla inserta en el oficio¼ 237-DGF-GPMS¼ respeto (sic) al pedido de autorización por parte de esta Dirección para la revisión de las planillas de avance de obra desde la ¼ 01 hasta la¼ 13, del proyecto: “ Construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría Shiramentzaº, cantón Gualaquiza, me permito adjuntar la mencionada autorización para su conocimiento y trámite respectivo¼º*

5.6. Conforme se desprende del acta resumen de la audiencia preliminar (foja 306 vuelta), el **Oficio**

No. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril de 2012 no aparece dentro de la prueba documental admitida por el Tribunal de instancia, sin embargo, dicho documento fue recogido en la sentencia como un elemento probatorio por parte del Tribunal, para determinar que el recurrente incumplió sus funciones en el proceso de pago de las planillas a favor del contratista. Este comportamiento efectuado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Cuenca, se ajusta a la llamada valoración arbitraria de la prueba. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil en su Resolución No. 72-2002 de 23 de agosto de 2002, en juicio 26-2002 (Villalba vs Zurita), publicada en el Registro Oficial No. 666 de 19 de septiembre de 2002, señaló al respecto que: *“ Cuando en el proceso de valoración de la prueba el juzgador viola las leyes de la lógica, la conclusión a la que llega es absurda o arbitraria. Se entiende por absurdo todo aquello que escapa a las leyes lógicas formales; y es arbitrario cuando hay ilegitimidad en la motivación, lo cual en el fondo es otra forma de manifestarse el absurdo ya que adolece de arbitrariedad todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho; cuando el juzgador, por error, formula una conclusión contraria a la razón, a la justicia o a las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo; pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación. La valoración de la prueba es absurda por ilogicidad cuando existen vicios en el mecanismo lógico del fallo, porque la operación intelectual cumplida por el juez, lejos de ser coherente, lo lleva a premisas falsas o conclusiones abiertamente contradictorias entre sí o incoherentes, así como en los casos en que la reflexión se auxilia con premisas falsas, o cuando el silogismo empleado para establecer las conclusiones fácticas se aparta de las leyes de la razón y de la lógica o existen proposiciones distintas que se excluyen entre sí recíprocamente. Pero, como se ha señalado, el absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la sola ilogicidad de las sentencias, sino que también se presenta cuando hay ilegitimidad en la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas, y si este proceder lo adopta voluntariamente, se trataría de una arbitrariedad.”*

5.7 En este orden de ideas, de la sola lectura de la resolución cuestionada y sin ningún atisbo de interpretación, esta Sala Especializada puede advertir que el Tribunal de instancia sustentó su decisión sobre la base de un elemento probatorio como lo fue el Oficio No. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012, que efectivamente no fue admitido en la audiencia preliminar, lo que se traduce en que la sentencia tenga un vicio claro, grosero y evidente de una falta de aplicación correcta del artículo

196 numeral 1 del COGEP al haberse valorado una prueba no admitida.

5.8 Así las cosas, el recurrente señala que el Tribunal de instancia aplicó equivocadamente el artículo 40 de la LOCGE que señala: *“Art. 40.- Responsabilidad por acción u omisión.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta Ley.”* En efecto, el Tribunal de instancia llega a la conclusión de que el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, es el responsable del pago de la reliquidación de planillas de avance de obra desde la No. 1 hasta la No. 12 que contemplan pagos de trabajos no autorizados, así como el incumplimiento de cláusulas contractuales y especificaciones técnicas, además de establecer que se realizó el pago de obras cuyas mediciones no podían ser verificadas, sin embargo, esta Sala Especializada advierte que esta conclusión está soportada en el Oficio No. 250-DGF-GPMS de fecha 20 de abril del 2012, prueba documental, que como ya lo señalamos, no fue admitida en la audiencia preliminar por el Tribunal de instancia; y, en consecuencia, no podía ser valorada al momento de decidir acerca de la responsabilidad del recurrente, generando una indebida aplicación del artículo 40 de la LOCGE.

5.9 En este orden de ideas, la Sala Especializada observa que el recurrente ha logrado demostrar con suma claridad y apegado a la lógica jurídica, el nexo entre el medio de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido al yerro alegado. En consecuencia, se acepta el recurso de casación por este extremo.

VI

ANÁLISIS DE LA CAUSAL QUINTA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS POR APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 27 NUMERALES 2 Y 3 DEL REGLAMENTO ORGÁNICO ESTRUCTURAL Y FUNCIONAL

**DEL GAD PROVINCIAL DE MORONA SANTIAGO Y FALTA DE APLICACIÓN DEL
ARTÍCULO 82 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA**

6.1 Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos que consiste en: *“5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”* Al respecto, esta causal se refiere a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error *in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por ^a falta de aplicación^o, es decir, se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión o por ^a aplicación indebida^o de las normas, cuando ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por ^a errónea interpretación^o, cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y, por tanto, la sentencia debe ser casada, porque declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en ^a un error de existencia^o; la aplicación indebida entraña ^a un error de selección^o y, la errónea interpretación equivale a ^a un error del verdadero sentido de la norma^o.

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

6.3 Así mismo, la Sentencia de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia de 16 de mayo de 2011 pronunciada en el juicio No. 476-2010-MAS, señala que: *“La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la*

relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso.^o

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

6.5 Por otra parte, Luis Cueva Carrión, en su obra ^aLa Casación en Material Civil^o, sobre la aplicación indebida de una ley sustantiva, nos enseña que: *“Aplicar indebidamente la ley significa: aplicarla en la forma que no se debe hacerlo; aplicarla mal; hacer un mal empleo de la ley o de sus principios para cometer un ilícito, un injusto o una falta de equidad al momento de declarar el derecho. La aplicación indebida de la norma tiene lugar cuando se la aplica para un caso que no es el contemplado por ella o cuando se aplica una norma que no le corresponde al caso que se juzga. Aplica indebidamente la ley sustantiva quien procede contra lo establecido por el derecho vigente.”* (Cueva Carrión Luis. La Casación en Materia Civil, Edit. Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, pág. 237).

6.6 Para sostener el yerro acusado, el recurrente plantea el siguiente argumento: *“El error in iudicando en el que incurre el Tribunal, al APLICAR INDEBIDAMENTE el art. 27 numerales 2 y 3 del Reglamento Orgánica Estructural y Funcional del GAD Provincial de Morona Santiago, conforme el pasaje transcrito del fallo impugnado, es directo, puesto a que el compareciente en el*

ejercicio de sus funciones, como Director de Gestión de Fiscalización y posteriormente Administrador del Contrato, no fue quien realizó las planillas 1 a las 12, realizadas por el Fiscalizador Externo. Así como tampoco fue quien requirió, autorizó y realizó la reliquidación de las planillas 1 a las 12, la misma que fue realizada por el Fiscalizador Externo 2 y el entonces Administrador del Contrato. Por el contrario, mi gestión de aprobación de planillaje, de todas las contrataciones de la Prefectura de Morona Santiago, consiste en un vínculo administrativo entre contratista y fiscalización externa. Por lo expuesto, las normas de derecho del Reglamento Orgánico de la Prefectura, si bien son entendidas de manera correcta, por el Tribunal de Instancia, no deben ser aplicadas para la resolución de la causa, pues no se encuentra siendo objeto de la controversia.º

Más adelante, el casacionista expone que: ª Es manifiesto el error in iudicando en el que incurren los jueces de instancia, ya que por la aplicación indebida de norma sustantiva hermana directamente a la falta de aplicación de norma sustantiva relevante para una correcta administración de justicia; cuanto no se aplicó el art. 82 de la Constitución de la República.º

Finalmente, el recurrente expone que: ª Por lo que si el Tribunal Ad quem, al momento de resolver el proceso, hubiera verificado las competencias de cada uno de los funcionarios públicos, especialmente la del Administrador del Contrato, (Director de Obras Públicas), verificaba que no existía responsabilidad en ª orden de reintegroº del compareciente en el cargo del Director de Gestión de Fiscalización.º

6.7 Por su parte, el Tribunal de instancia señala que: *ª d) Lo que se discute en este proceso, y este Tribunal concluye, es que, si el actor debía, en base a sus competencias y atribuciones revisar el proceso de reliquidación de planillas en la forma como fue efectuada. Así: las funciones y competencias del hoy accionante dentro del proceso constan expresamente señaladas en los numerales 2 y 3 del art. 27 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del Gobierno Autónomo Provincial de Morona Santiago el cual señala que: "Son funciones de la Dirección de Fiscalización del GAPMS, las siguientes: (¼) 2. Exigir el cumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, las especificaciones técnicas de las obras, estableciendo procedimientos de supervisión y verificación sobre los plazos, presupuesto, ensayos de materiales y usos de equipos; 3. Garantizar la correcta ejecución de las obras, mediante el control de la calidad, el avance físico y el avance financiero de las obras, cumpliendo con lo previsto en las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado." e) La tramitación de las planillas sujetas a reliquidación, tienen como origen la propia iniciativa del hoy accionante, de que se las tramite y pague, así consta de su oficio 237-DGF-GPMS de 18 de abril de 2012 enviado al administrador del contrato, en la que en su parte pertinente solicita su autorización para la revisión de planillas de avance y su reliquidación y manifiesta: "me veo en la necesidad de solicitarle a Usted como Administrador del contrato, se nos autorice la revisión de las planillas de avance y reliquidación de las mismas; ...".º*

6.8 Esta Sala Especializada, para resolver el yerro invocado, recoge lo señalado en los apartados anteriores en lo que respecta a las funciones y tareas que correspondían al señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, en su calidad de Director de Gestión de Fiscalización del GADPMS, y es así conforme ha advertido ya esta Sala, que el hoy recurrente, no tenía la facultad de autorizar el pago de planillas, sino la de coordinar las actividades entre el GADMS y el contratista en el marco del flujo del procedimiento administrativo para la ejecución de la obra, lo que deviene en la aplicación indebida del artículo 27 numeral 2 y 3 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del GAD Provincial de Morona Santiago. Por estas consideraciones, se acepta el recurso de casación por el yerro alegado por el casacionista.

6.9 Conforme lo determinado en esta sentencia, el fallo recurrido debe ser casado al haber incurrido en los vicios acusados por la casacionista; y, en aplicación del numeral 3 del artículo 273 del COGEP, en concordancia con los artículos 1, 4 y 5 de la Resolución No. 07-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de febrero de 2017, para emitir la sentencia de mérito, esta Sala ceñirá el análisis de la demanda, contestación y los medios probatorios actuados en el juicio.

VII

SENTENCIA DE MÉRITO

7.1 Comparece el ingeniero Hernán Marcelo Cornejo Guamán, y demanda al Contralor General del Estado, y a la Procuraduría General del Estado. En su demanda, el actor refiere que con fecha 15 de junio de 2010, el GADPMS suscribió un contrato de ejecución de obra de Construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría Shiramentza, en una longitud de 130m. Además que con fecha 1 de diciembre de 2010, se firmó un contrato complementario para incorporar nuevos rubros no previstos en el contrato principal.

7.2 El señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán ostentó el cargo de Director de Gestión de Fiscalización del GADPMS, desde el 4 de enero del 2012 hasta el 10 de marzo de 2017. Sus funciones como Director de Gestión de esta entidad, consistían entre otras, en coordinar entre contratista y fiscalizadores el flujo del procedimiento administrativo para la ejecución de la obra. Según el actor, en ningún momento de la ejecución de la misma, tuvo a su cargo la verificación de las actividades del

contratista.

7.3 En enero de 2014, fue designado como administrador del contrato ya mencionado, función que la desempeñó vigilando el cumplimiento de lo establecido en el contrato y de acuerdo a los informes de Fiscalización externa. Por su parte, la CGE realizó el examen especial de ingeniería a la ejecución y Fiscalización del puente sobre el río Bomboiza en la vía Proveeduría Shiramentza de 130 metros de longitud, por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 2011 al 31 de Julio de 2014.

7.4 En el desarrollo de dicho examen, la CGE, con fecha 10 de junio del 2016 le notifica al actor con el Oficio No. 318-DPR, de 2 de junio del 2016, en el cual se le estableció una orden de reintegro en su contra por un valor de USD 265.842,39 de los Estados Unidos de América, otorgándole noventa días para que conteste dicha orden de reintegro y remita las pruebas de descargo que estime pertinentes. Esta orden de reintegro, como Director de Gestión de Fiscalización, se sustentaba en el supuesto de que el compareciente dentro de su periodo de actuación comprendido entre el 4 de enero de 2012 y 31 de julio de 2014, haya tramitado el pago de la reliquidación de planillas de avance de obra desde la No. 1 hasta la No. 12 que contemplan pagos de trabajos no autorizados, así como el incumplimiento de cláusulas contractuales y especificaciones técnicas, además de establecer que se realizó el pago de obras cuyas mediciones no podían ser verificadas.

7.5 Dentro del plazo concedido para el efecto, mediante Oficio de 2 de septiembre de 2016, el actor dio contestación a la orden de reintegro emitida en su contra. En lo principal indicó que las planillas fueron aprobadas de acuerdo al informe de fiscalización a través de la Comunicación No. 013-2012-LNC-FISC.C-GAPMS emitido por el Fiscalizador Externo No. 2, pues es en su calidad de Director de Gestión de Fiscalización y Administrador del Contrato, no era su atribución, aprobar las planillas, verificar técnicamente que se cumplan las especificaciones técnicas, planos y memorias de verificación estructural, entre otros temas ajenos a sus funciones. Sobre la base de esta alegación, solicitó al Subcontralor General del Estado, se acepte su solicitud de reconsideración y deje sin efecto la orden de reintegro.

7.6 Señala el actor que pese a lo expuesto, se emite el acto administrativo impugnado que es la Resolución No. 4623, de fecha 26 de Julio de 2017, notificada el 7 de febrero del 2018, suscrita por el Subcontralor General del Estado de la Contraloría General del Estado, ingeniero Hugo Pérez Mena,

que en la parte pertinente indica: *"...CONFIRMAR, la responsabilidad civil de por de 265.842,39 USD, predeterminada mediante ordenes de reintegro No. ... 318 ..., de 2 de junio de 2016. En contra de Hernán Marcelo Cornejo Guamán, Director de Gestión de Fiscalización, en calidad de Administrador del Contrato de obra..."*

7.7 El señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán señala que el acto administrativo impugnado es ilegal por lo siguiente: No puede considerarse legítima la existencia de una responsabilidad civil subsidiaria, por asuntos ajenos a sus competencias y funciones que ostentó como Director de Gestión de Fiscalización del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Morona Santiago y en la parte final de la ejecución del contrato como administrador de contrato en los respectivos periodos. Contraloría General del Estado, impone una responsabilidad irreal, pues en la resolución que se impugna, no realiza análisis alguno de las funciones que ostentaba, en los tiempos que le correspondían, así como tampoco valora el descargo presentado por el compareciente al momento de solicitar la reconsideración de la orden de reintegro, pues en la misma supo establecer y probar las fechas en la cuales se suscribió el contrato, los periodos como Director de Gestión de Fiscalización y como Administrador del Contrato. El periodo por el cual se dice encontrar la diferencia por el pago de rubros, es de 3 de enero del 2011 a 31 de Julio del 2014. No se comprueba cuando se pretende imponer responsabilidad en un periodo que ni siquiera era funcionario de la prefectura. Además, en los años 2012 a 2014, tiempo de ejecución del contrato en el cual existían dos fiscalizadores externos, que tienen como atribución corroborar que los trabajos fueron realizados por el contratista y efectivamente lo planillado corresponde a lo trabajado.

7.8 En la resolución que se impugna, la Contraloría General del Estado, en su parte pertinente dice: *"... El Director de Gestión de Fiscalización, tramito el pago de la reliquidación de las planillas de avance obra desde la No. 1 hasta la No. 3 y desde la No. 4 hasta la No. 12, fundamentando su actuación en el "Informe de Fiscalización 1" presentado por el Fiscalizador externo dos..."* El ente de control reconoce que el compareciente ostentó el cargo de Director de Gestión de Fiscalización, pero de forma equivocada le atribuye una responsabilidad civil que no le corresponde, solo tramitó esas planillas como el resto del planillaje de la prefectura. En realidad, el planillaje es realizado por el contratista, supervisado y aprobado por los fiscalizadores externos, por lo que se está dejando al lado las Fiscalizaciones externas que tienen como obligación la revisión y la aprobación de planillas, sin analizar sus funciones que eran únicamente las de coordinar las actividades administrativas de flujo en la ejecución del contrato, con los dos fiscalizadores externos quienes tenían a su cargo, el

aprobar el planillaje conforme las especificaciones técnicas y las cláusulas contractuales, verificando técnicamente los trabajos efectuados. Contraloría General del Estado, no analiza sus funciones como Director de Fiscalización, que insiste fue un nexo administrativo de flujo entre fiscalización externa y el GAD; en lo que refiere a la reliquidación de planillas, estas siempre son aprobadas por fiscalización externa, para que puedan ser pagadas. Por lo tanto, las funciones atribuidas como Director de Fiscalización en el periodo respectivo, no se adapta a la norma en la que se fundamenta la responsabilidad civil. Se refiere al informe pericial que presenta en el que se concluye que por pedido de la Dirección de Fiscalización se realizaron las revisiones y verificaciones de las cantidades de obra. Es decir, no existe una responsabilidad directa sobre la aprobación de las cantidades de obra. Los fundamentos de derecho de su demanda: Art. 76 numeral 7) literal l), 82, 173, 226 de la Constitución de la República. Art. 217 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Libro IV, Título I, Capítulo II, Sección III del Código Orgánico General de Procesos. Solicita se declare: La ilegalidad de la Resolución No. 4623, de fecha 26 de julio de 2017, notificada el 7 de febrero del 2018 suscrita por el Subcontralor General del Estado de la Contraloría General del Estado, de responsabilidad civil subsidiaria; se deje sin efecto la orden de emitir mediante título de crédito el cobro del valor de \$ 265.842,39 USD, en su contra. En el supuesto de que se ejecute el cobro de la orden de reintegro en su contra coma consecuencia del acto administrativo impugnado, se disponga la restitución de dichos valores.º

7.9 Por su parte la Procuraduría General del Estado, comparece a través de su Directora Regional; y, contesta la demanda en los siguientes términos: el acto materia de impugnación ha sido dictado por autoridad competente en apego a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes, sin que se haya negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente un derecho subjetivo del demandante, ni que exista un gravamen irreparable o que influya en la decisión administrativa que se impugna, en tal virtud, alega en forma expresa la legalidad y legitimidad de la actuación administrativa y la improcedencia de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora. La Procuraduría General del Estado alega que, una vez notificado el accionante con la predeterminación en su contra, dio contestación a ella mediante la exposición de una serie de argumentos, sin embargo, no acompañó pruebas de descargo que permitan al Órgano de Control, desvanecer su responsabilidad, hecho por el cual la misma fue ratificada mediante la Resolución No. 4623 de 26 de julio de 2017, cuya declaratoria de ilegalidad es indebidamente pretendida. Manifiesta también que fue el actor quien, en ejercicio de sus competencias como Director de Gestión de

Fiscalización, con Oficio No. 237-DGF-GPMS de 18 de abril de 2012, solicitó al Administrador del Contrato, su autorización para la revisión de planillas de avance y su reliquidación, que es citado por Contraloría en la resolución impugnada. Es el actor, el cual, dirigiéndose al Administrador del Contrato, manifiesta: "me veo en la necesidad de solicitarle a Usted como Administrador del contrato, se nos autorice la revisión de las planillas de avance y reliquidación de las mismas; ...", encontramos que el actor pidió autorización para realizar una actividad en la cual él era parte, justamente en razón de las funciones que como Director de Gestión de Fiscalización desempeñaba. Es el propio actor, según la Procuraduría General del Estado, quien asume en forma frontal y directa su responsabilidad respecto de la revisión y reliquidación de las planillas, pidiendo en forma expresa ser autorizado para hacerlo, en tal virtud, mal puede sostenerse como lo hace ahora en su demanda, que se le estaría atribuyendo una responsabilidad por asuntos ajenos a sus competencias y sus funciones y que estas eran "... únicamente las de coordinar las actividades administrativas de flujo en la ejecución del contrato."

7.10 En los numerales 2 y 3 del artículo 27 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Morona Santiago, se encuentran claramente establecidas las funciones del Director de Fiscalización, encontrándose entre ellas, el exigir el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las obras, estableciendo procedimientos de supervisión y verificación; y, garantizar la correcta ejecución de las obras, mediante el control de la calidad, el avance físico y financiero, cumpliendo con lo previsto en las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado. Si bien es cierto, el examen especial de Contraloría es realizado por el periodo comprendido entre el 03 de enero de 2011 y el 31 de julio de 2014; y el actor ingresa a prestar sus servicios el 04 de enero de 2012; también es cierto, que las actuaciones por las que se establece su responsabilidad, corresponden a cuando este era ya funcionario del GADPMS. Plantea como excepciones de fondo: a) Legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas. b) Improcedencia de las pretensiones. En virtud de lo expuesto, solicito que la acción intentada, sea declarada sin lugar.-

7.11 Por su parte, la Contraloría General del Estado contesta la demanda, a través de su Director Regional 2 de la Contraloría General del Estado, delegado del Contralor General del Estado, Subrogante, en los siguientes términos: La Contraloría General del Estado, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, realizó el examen especial de ingeniería a la ejecución y Fiscalización del puente sobre el río Bomboiza en la vía Proveeduría Shiramentza de 130 metros de longitud,

construido en la parroquia Bomboiza, en el periodo comprendido entre el 03 de enero de 2011 y el 31 de julio de 2014, por el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Morona Santiago. Del estudio del informe DR2-DPMS-APYA-0002-2015, se predeterminó responsabilidad civil, vía orden de reintegro, a través del Oficio No. 318-DPR, en contra de Hernán Marcelo Cornejo Guamán, por cuanto en su calidad de Director de Gestión de Fiscalización del GADPMS, validó mediciones de rubros ocultos, sin garantía de precisión, basados, entre otros aspectos, en versiones del Contratista y con procedimientos contrarios a los contemplados en las especificaciones técnicas; al aceptar la inclusión de cantidades no justificadas, de elementos no acordes a los planos y/o memoria de verificación estructural. La predeterminación de responsabilidad fue notificada al hoy accionante, el 10 de junio de 2016, concediéndole, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el plazo improrrogable de noventa días para que efectúe el reintegro o, en el transcurso del mismo plazo, solicite la reconsideración.

7.12 La Contraloría General del Estado manifiesta que: Al existir reclamaciones por parte del contratista, con respecto al planillaje realizado por parte del Fiscalizador Externo 1, no podía automáticamente considerar que en este existían errores, sin hacer de su parte algún tipo de confrontación y validación; y sustentar su decisión en la reliquidación del Fiscalizador Externo 2, cometiendo la misma inobservancia de falta de supervisión y verificación, evidencia el incumplimiento de sus funciones, que trajo como consecuencia un grave perjuicio económico a la entidad, por lo que, la responsabilidad civil culposa confirmada en la Resolución que ilegalmente se impugna en este proceso, queda revestida de la legalidad y legitimidad necesarias para que se deseche la demanda. Se trata de endosar la responsabilidad hacia los fiscalizadores que aprobaron el planillaje y que el Director de Gestión de Fiscalización es un simple coordinador de actividades administrativas, evidenciando, además de la carencia de argumentos, el desconocimiento total de las disposiciones que regulan la contratación pública en el Ecuador, ya que el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al establecer responsabilidades, señala: *"...La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar..."* Con lo transcrito, se evidencia que el hoy accionante, intervino en el proceso, tramitando el pago de la reliquidación de las planillas de avance de obra desde la No. 1 hasta la No. 12, fundamentando su actuación en el informe de Fiscalización 1 presentado por el Fiscalizador Externo 2, validando mediciones de rubros ocultos sin garantía de precisión, basados

entre otros aspectos en versiones del contratista y con procedimientos contrarios a los contemplados en las especificaciones técnicas al aceptar la inclusión de cantidades no justificadas, de elementos no acordes a los planos y/o memoria de verificación estructural; al registrar cantidades y volúmenes en rubros no correspondientes y al efectuar mediciones de trabajos no autorizados por la Fiscalización, ocasionó que el avance de obra sea sobrevalorado y se cancele en más al contratista un valor de 233539,54 USD, y que por concepto de multas le sea devuelto un valor mayor al correspondiente en 32302,85 USD; con lo que, su supuesta no participación queda totalmente desvirtuada, y más que un argumento de defensa ratifica el proceder de la Contraloría General del Estado.

7.13 La entidad demanda continúa y señala que: La inexistencia de fundamentos de la demanda, se evidencia aún más cuando se transcribe el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que habla sobre la responsabilidad solidaria y con ello, pretender justificar la subsidiaridad existente en este caso; en la Resolución impugnada los Fiscalizadores son responsables por sus actos y el actor también lo es, por su falta de supervisión, es ahí precisamente en donde se configure la subsidiaridad de los servidores públicos respecto a un pago indebido, que se realizó en favor del contratista. De la validación realizada respecto del informe de Fiscalización 1 que derivó en el desembolso económico indebido sustento de la orden de reintegro, lo hace precisamente el hoy accionante, razón por la que, llama la atención lo que se manifiesta de que no era funcionario de la Prefectura; y si sin ser servidor validó el documento mencionado se estaría abrogando funciones, cuya conducta rebasaría el campo civil y llegaría al penal. La obra se ejecuta en un periodo de tiempo, la planilla en otro, obviamente posterior, la reliquidación, en otro también posterior y la inobservancia del servidor, que sustenta la responsabilidad civil, por cuanto tramitó el pago de la reliquidación de las planillas de avance de obra desde la No. 1 hasta la No. 12, sin realizar de su parte ninguna labor de verificación y sustento de la información que se le entregó, se da, luego de todo lo anteriormente indicado; por lo que, tratar de justificar su incumplimiento en el análisis de rubros que se hicieron en su momento es desnaturalizar el análisis respecto al objeto de la causa. La simple argumentación de falta de responsabilidad no sirve para desvirtuarla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, actual 24 a); la prueba deberá ser actuada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1716 del Código Civil que señala un documento es instrumento público o autentico el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado; concordante con lo que establece en los artículos 160, 164, 169 y 206 del COGEP, por lo que los argumentos presentados por el administrado no han podido ser comprobados. Pretender que a un perito contratado por una persona particular analice los actos administrativos del Organismo Técnico de Control y se pronuncie respecto de ellos y aún más que sus argumentos fundamenten y

justifiquen incumplimientos de los servidores y pagos indebidamente realizados, contraviene el andamiaje jurídico ecuatoriano, ya que de conformidad con el artículo 83 numeral 1 de la Constitución de la República las ecuatorianas y ecuatorianos estamos obligados a acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

7.14. Bajo estas consideraciones, la entidad demandada propone las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Legalidad y legitimidad de la actuación administrativa de la Contraloría General del Estado, al practicar la acción de control en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales. 3. Legalidad y legitimidad de la actuación administrativa de la Contraloría General del Estado al emitir la predeterminación de responsabilidad civil culposa, a través de la orden de reintegro No. 318-DPR, de 02 de junio de 2016; así como también de la Resolución No. 04623 de 26 de julio de 2017, principalmente porque se dictó como consecuencia del ejercicio de las facultades atribuidas a la Contraloría General del Estado. 4. Improcedencia de la demanda, porque fueron las acciones y omisiones del accionante las que ocasionaron la determinación de responsabilidad civil en su contra. Solicita se rechace la demanda y se ordene el archivo de la causa.

VIII

MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

8.1 De las piezas procesales transcritas *-demanda y contestaciones a la demanda-*, esta Sala Especializada advierte que el objeto de la controversia, tal y como lo estableció el Tribunal de instancia, consiste en determinar si procede o no declarar la ilegalidad de la Resolución No. 4623 de 26 de julio de 2017, notificada el 07 de febrero de 2018; se deje sin efecto la orden de emisión del título de crédito; y, si se ha ejecutado el cobro se disponga la restitución de los valores pagados.

8.2 La resolución impugnada determina responsabilidades al señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán por haber tramitado el pago de reliquidación de las planillas de avance de obra desde la No. 1 hasta la No. 2 presentadas por el fiscalizador externo 2, por pagos de trabajos no autorizados, incumplimiento de cláusulas contractuales y especificaciones técnicas, y el pago de obras cuyas mediciones sin ser verificadas, todo esto en lo que respecta al contrato de ejecución de obra de Construcción del puente

sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría Shiramentza, en una longitud de 130m.

8.3 Frente a esta imputación, resulta indispensable identificar cuál fue la participación del señor Cornejo Guamán y cuáles fueron sus tareas en el contrato de ejecución de construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría ± Shiramentza, en una longitud de 130 metros.- Así tenemos que: **(i)** Con fecha 15 de junio de 2010, el GADPMS suscribió un contrato de ejecución de obra de construcción del puente sobre el río Bomboiza, en la vía Proveeduría-Shiramentza, en una longitud de 130m; y, además el 1 de diciembre de 2010, se firmó un contrato complementario para incorporar nuevos rubros no previstos en el contrato principal. **(ii)** El señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán ostentó el cargo de Director de Gestión de Fiscalización del GADPMS desde el 4 de enero de 2012 hasta el 10 de marzo de 2017. **(iii)** En el mes de enero de 2014, fue designado como Administrador de dicho contrato. **(iv) Las funciones del señor Cornejo Guamán, en lo que respecta al contrato en mención, consistían en coordinar entre contratista y fiscalizadores externos respecto del flujo del procedimiento administrativo.**

8.4 En este orden de ideas, es necesario verificar si el señor Cornejo Guamán, con base en sus competencias y atribuciones, debió tramitar el pago de las planillas ya indicadas. Esta Sala Especializada observa que el actor no tenía a su cargo la competencia de autorizador de pagos, lo que realizó fue coordinar los mismos (trámites de pagos) mediante el flujo del procedimiento administrativo de la ejecución de la obra con los fiscalizadores de la obra de quienes demandó, a ellos sí, la autorización respectiva, situación ésta que no ha podido ser desvirtuado de manera objetiva por parte de la entidad recurrida, esto es, a través de la fundamentación, lectura o exhibición de la norma específica ya sea de carácter legal, reglamentaria o contractual, que le hayan impuesto un determinado obrar al señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, en su calidad de Director de Fiscalización del GAD de Morona Santiago, y que el mismo haya sido incumplido, para habersele determinado la responsabilidad que en la especie se la hizo, que de alguna forma permita a esta Sala vislumbrar la transgresión del principio de legalidad señalado en el artículo 226 de la Constitución de la República; así como tampoco los artículos 233 de la misma Carta Fundamental; 99 de la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública; así como tampoco del 12 literales a) y b) y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y no solo sobre la base de la ^apresunción^o a la que llegó el Tribunal a quo, pues la labor judicial no se basa en ^apresunciones^o sino en certezas provenientes de la labor precisamente de la razonabilidad, lógica y comprensibilidad, extraídas de la verdad material del proceso y no en base a conjeturas como la de que la inconducta del recurrente

habría sido tener ^a¼ iniciativa para tramitar el pago¹¼ ° de planillas de avance y reliquidación de planillas, que como se analizó anteriormente sí bien era de su competencia, no así la de hacer ^a¼ algún tipo de confrontación y validación^o en su tramitación, más aun cuando había personal técnico encargado de esas funciones como lo eran los fiscalizadores de la obra.

8.5 El artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República sobre la motivación dice: *“ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*

8.6 La Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sobre la motivación en la sentencia No. 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011, manifestó que: *“ La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión¼ Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada.”*

8.7 En el caso que nos ocupa, ha quedado claro para esta Sala Especializada que el señor Cornejo Guamán consistía en coordinar entre contratista y fiscalizadores externos respecto del flujo del procedimiento administrativo, mas no aquella competencia de autorizador de pagos, por lo tanto, no se le podía aplicar los numeral 2 y 3 del artículo 27 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del GADPMS. En consecuencia, estamos al frente de una ausencia de razonabilidad.

8.8 En cuanto se refiere a la lógica, los numeral 2 y 3 del artículo 27 del Reglamento Orgánico Estructural y Funcional del GADPMS señalan que: *“ Son funciones de la Dirección de Fiscalización del GAPMS, las siguientes: (¼) 2. Exigir el cumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, las especificaciones técnicas de las obras,*

estableciendo procedimientos de supervisión y verificación sobre los plazos, presupuesto, ensayos de materiales y usos de equipos; 3. Garantizar la correcta ejecución de las obras, mediante el control de la calidad, el avance físico y el avance financiero de las obras, cumpliendo con lo previsto en las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado.° Por otro lado, esta Sala Especializada observa que el recurrente no tenía dentro de sus competencias y funciones, la facultad de autorizar el pago de planillas a favor del contratista, sino la de coordinar entre la entidad y el contratista el flujo del procedimiento administrativo para la ejecución de la obra. La Sala Especializada arriba a la conclusión que las normas señaladas en dicho reglamento no son aplicables a la conducta del actor.

8.9 Finalmente, esta Sala Especializada entiende que no se puede sancionar a un servidor público por cuestiones que no están a su cargo, tal y como ocurre en el caso que no ocupa. Por todas las consideraciones esgrimidas a lo largo de esta sentencia al haberse detectado que el acto administrativo impugnado fue emitido sin cumplir con los requisitos de motivación, corresponde a esta Sala declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución No. 4623 de 26 de julio de 2017, notificada el 07 de febrero de 2018.

IX

DECISIÓN

9.1 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 el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada con fecha viernes 28 de febrero de 2020, las 14h25, dentro de la causa signada con el No. 01803-2018-0021 por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.

9.2 En aplicación a lo dispuesto en el artículo 273 del COGEP; y en virtud de los cargos alegados y aceptados por esta Sala Especializada y que constan en la motivación de esta sentencia, se acepta la demanda interpuesta por el señor Hernán Marcelo Cornejo Guamán, en contra de la Contraloría

General del Estado; y, en consecuencia, declara la ilegalidad de la Resolución No. 4623 de 26 de julio de 2017, notificada el 7 de febrero de 2018, suscrita por el Subcontralor General de la Contraloría General del Estado, ingeniero Hugo Pérez Mena, de responsabilidad civil subsidiaria; y, por lo tanto se deja sin efecto la sanción impuesta al actor.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la Acción de Personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- Notifíquese y devuélvase.-

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL



Mgs. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

MG/AM

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

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

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