

# REGISTRO OFICIAL<sup>®</sup>

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

**FUNCIÓN JUDICIAL Y  
JUSTICIA INDÍGENA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA ESPECIALIZADA  
DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,  
JUICIOS Y AUTOS**

**AÑO 2020:**

**J17811-2013-9723, J17741-2017-0017,  
J17741-2011-0198, J09802-2018-00068,  
J01803-2018-00403, J09802-2018-00545,  
J17741-2015-0927**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

129354941-DFE

Juicio No. 17811-2013-9723

**JUEZ PONENTE: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)****AUTOR/A: DR. ALVARO OJEDA HIDALGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 11 de agosto del 2020, las 11h50. **VISTOS:** En virtud de que:

**A)** El juez nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. **B)** El conjuer nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. **C)** El conjuer nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019; sin embargo, en virtud de la excusa presentada por el Dr. Patricio Secaira Durango para intervenir en la presente causa, misma que fue aceptada por el Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y por el Juez Nacional encargado Dr. Iván Larco Ortuño según consta en el proceso; conforme acta de sorteo de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia de fecha 3 de julio de 2020, corresponde integrar el Tribunal de Casación al Dr. Miguel Bossano Rivadeneira. **D)** Somos el Tribunal competente y conocemos de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como el acta de sorteo que consta en el proceso, y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos.

**PRIMERO.-** Por sentencia expedida el 7 de marzo de 2017, 10h18, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la acción de ejecución de silencio administrativo positivo propuesta por el señor Teodoro Rolando Izquierdo Muñoz en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMOP) en la persona de su Gerente General se resolvió que: *“ De lo dicho se infiere con absoluta claridad que la pretensión del recurrente se ajusta a los derechos establecidos en las normas citadas. Por lo que, es*

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por:  
Miguel Bossano Rivadeneira  
JUEZ NACIONAL  
QUITO  
1708396239

*claro que estos dos últimos requisitos también han sido cumplidos en la especie; en tal virtud es evidente que se ha confirmado la existencia del silencio administrativo de efecto positivo en favor del actor, entendiéndose que por el ministerio de la Ley, tiene derecho a que la empresa pública demandada le pague los valores que le corresponden como beneficio por retiro voluntario. Sin que sea necesaria consideración adicional alguna el Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA se acepta la demanda formulada por el ciudadano Teodoro Rolando Izquierdo Muñoz y reconociendo que en el caso operó en su favor el silencio administrativo, se dispone su ejecución; en consecuencia la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMOP), en el término de treinta días deberá pagar al actor los valores que le corresponden por efecto de la aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 145 del Reglamento Interno de la EPMOP.º.*

**SEGUNDO.-** Mediante auto de 21 de septiembre de 2018, 12h52, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la EPMOP, en los siguientes términos: *“4. ADMISIBILIDAD. En cumplimiento con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 8 de la Ley de Casación, se declara la admisibilidad del recurso interpuesto, en base a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por los cargos de aplicación indebida del artículo 394 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y por falta de aplicación de los artículos 392, 407, 409 y 410 ibídemº. Mediante auto de 26 de febrero de 2019, 11h48, el Conjuer que expidió al auto de admisión corrige el numeral 3.3. de su auto de 21 de septiembre de 2018, 12h52, y en numeral 5 declara: “En lo demás se estará a lo dispuesto en el auto de 21 de septiembre de 2018, 15h52.º. Corrido traslado con el recurso admitido, la compañía actora solicita que se rechace el recurso interpuesto.*

**TERCERO.-** La EPMOP en su recurso de casación señala que el actor interpuso recurso de impugnación de la respuesta que recibió el 18 de septiembre de 2012, según lo dispone el artículo 407 y 409 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, lo cual se configuró en la presentación de un recurso de apelación y que por tanto el Tribunal Distrital no determinó que se trató de un recurso de apelación, sino que erróneamente consideró que se trataba de un reclamo administrativo aplicando indebidamente el artículo 394 del COOTAD que corresponde únicamente a los reclamos administrativos, en detrimento de la aplicación del artículo 410 del COOTAD que para el caso del recurso de apelación determina que transcurrido el plazo máximo de

30 días sin existir resolución alguna, se entenderá negado el recurso. *“Es decir que, todos estos yerros antes referidos, esto es la indebida aplicación del artículo 394 del COOTAD, ocasionaron que los jueces dejen de aplicar los artículos 392, 407, 409 y 410 ibídem, y que en sentencia se declare un silencio administrativo inexistente a favor del actor, pues la norma vigente en ese entonces, era clara al señalar que el efecto de la falta de contestación, era negativo para el administrado que presentó la respectiva impugnación.”.*

**CUARTO.-** Por su parte, los jueces distritales en la sentencia consideran que: *“De la transcripción hecha se desprende con claridad la pretensión del ex servidor público, está contenida en un claro y expreso reclamo administrativo orientado a que la EMMOP le reconozca el pago de la bonificación a la que el ex servidor estima tener derecho, el cual le ha sido reconocido por efecto positivo del silencio administrativo. El hecho de que haya impugnado un acto de simple administración, no puede ser considerado, en aplicación del principio de informalismo o benignidad administrativa, que obliga a la Administración a procesar los reclamos, peticiones o recursos, cuando queda clara la intención de los administrados, omitiendo para ello algún elemento formal que no tiene la fuerza suficiente frente al ejercicio del derecho recursivo reconocido en el artículo 173 de la Constitución de la República. NOVENO.- En el contexto trazado, se encuentra que la reclamación administrativa presentada el 14 de septiembre de 2012, debía ser respondida motivadamente y notificada hasta el 29 de octubre de ese año, en aplicación del artículo 394 del COOTAD;¼ confirma que esa petición no fue respondida ni notificada en el tiempo habilitado por la Ley para ese efecto.”.*

**QUINTO.-** El artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas vigente a la fecha de los hechos disponía: *“Los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado. El Reglamento General de esta Ley establecerá los requisitos para los programas de retiro voluntario.”.*

**SEXTO.-** A fojas 14 a 18 del expediente consta la demanda presentada por el señor Teodoro Rolando Izquierdo Muñoz en la que el actor argumenta que: *“Entre el 14 de septiembre de 2012 (fecha de mi pedido de revisión e impugnación de la liquidación de mis haberes y bonificación por renuncia voluntaria, debidamente recibida y aceptada) y la presente fecha, ha transcurrido en exceso el*

*término de 15 días contemplado en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, vencido el cual de pleno Derecho, es decir, se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la impugnación y la reliquidación de mis haberes y bonificación ha sido resuelta a favor del reclamante como reza el artículo aquí expresado e invocado.<sup>o</sup>.*

**SÉPTIMO.-** La sentencia distrital impugnada, conforme quedó señalado en el considerando cuarto del presente fallo, considera que el silencio administrativo positivo ha operado en la presente causa, pues entiende que la pretensión del actor no ha sido contraria a derecho, requisito indispensable para que opere esta figura del Derecho. Sin embargo, es criterio de este Tribunal de Casación y conforme lo ha sostenido la Sala especializada de lo Contencioso Administrativo en varios fallos, que para que opere el efecto del silencio administrativo positivo, las peticiones que se realicen a la Administración deben ser lícitas y no contrarias a derecho, teniendo en cuenta que tampoco puede operar esta figura cuando la pretensión del administrado es incapaz, por su naturaleza, de producir el efecto positivo del silencio administrativo. En el presente caso, el señor Teodoro Izquierdo pretende que a través de la figura del silencio administrativo positivo se le reconozca el pago de unos haberes de los que afirma tener derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, LOEP, siendo que al tratarse de un derecho laboral de un servidor público de empresa pública aquello corresponde determinar al juez laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 32 de la Ley antes referida, a lo que acertadamente los jueces distritales han determinado que esta causa corresponde a la ejecución del silencio administrativo positivo por lo que la competencia se encuentra debidamente radicada en sede contencioso administrativa. Sin embargo de lo cual, hay que precisar que no se puede reconocer un derecho laboral de ese tipo a través del silencio administrativo positivo en los términos del artículo 394 del COOTAD vigente a la fecha de los hechos, pues como bien lo determina el artículo 23 de la LOEP, deben establecerse y observarse los requisitos a cumplirse por parte de los servidores que quieren formar parte de los programas de retiro voluntario, a través de los cuales se puede acceder a las compensaciones económicas que determinan la LOEP y la LOSEP en favor de los servidores públicos que, como en el presente caso, se acojan al retiro voluntario. Por lo que mal se puede aplicar el artículo 394 del COOTAD respecto a un derecho para el cual se deben verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, por lo cual en el presente caso no es posible que el derecho reclamado sea concedido a través de la figura del silencio administrativo positivo. En virtud de lo cual se acepta el recurso interpuesto, dado que efectivamente se ha producido una aplicación indebida del artículo 394 del COOTAD.

Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** Acepta el recurso de casación interpuesto por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas; y, por tanto se casa la sentencia impugnada expedida el 7 de marzo de 2017, 10h18, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, y se declara que no ha operado el silencio administrativo positivo en la presente causa, y por tanto se rechaza la demanda.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
**JUEZ NACIONAL (PONENTE)**

BOSSANO RIVADENEIRA MIGUEL ANGEL  
**CONJUEZ NACIONAL**

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

**FUNCIÓN JUDICIAL**

129379402-DFE

Juicio No. 17741-2017-0017

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

**AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 11 de agosto del 2020, las 14h34. **VISTOS:**

**1.º AVOCO: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **17741-2017-0017**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia de la Jueza Nacional doctora Cynthia Guerrero Mosquera; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjuces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; razón por la que, avocando conocimiento de la misma; y, al encontrarse en estado de dictar sentencia, para hacerlo, se considera:

**2.- ANTECEDENTES:**

**a)** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con Sede en el cantón Portoviejo, dictó sentencia el 22 de septiembre de 2016, las 09h23, dentro del proceso **No. 13801-2014-0034, que en la Corte Nacional tiene el No. 17741-2017-0017**, seguido por el señor Eloy Augusto Rivera Maldonado en su calidad de Procurador Común de las personas identificadas en la demanda, en contra del Prefecto y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Manabí y del Procurador General del Estado, fallo en el que resolvió aceptar parcialmente la demanda, ordenando que: <sup>a</sup> la entidad demandada, dentro del término de treinta días de ejecutoriado este fallo, pague a favor de los accionantes, los haberes correspondientes a los viáticos, movilizaciones y subsistencias desde el 24 de enero hasta el 30 de abril del 2009; en virtud de la

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO  
C=ECUADOR  
O=SECAIRA DURANGO  
C=QUITO  
CI=QUITO  
0904388288  
0200419078

Resolución de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público; conforme el Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, publicado en el Registro Oficial No. 474 de fecha 2 de diciembre del 2004°.

**b)** El Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Manabí y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí, propusieron recursos de casación acogidos a las causales primera, segunda, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; habiendo asimismo propuesto dicho recurso la parte actora del juicio de instancia, por las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

**c)** El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo mediante auto de 24 de noviembre de 2016, las 11h26, no calificó, por extemporáneo, el recurso propuesto por la parte actora del juicio de instancia.

**d)** El Conjuz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 2 de julio de 2018, las 09h19, admitió parcialmente a trámite los recursos de casación propuestos por el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Manabí y por la Procuraduría General del Estado, respecto de las causales cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

**4.- VALIDEZ:** En la tramitación del recurso de casación no se ha omitido solemnidad o procedimiento alguno que pueda influir en su decisión; consecuentemente, se declara la validez del proceso.

**5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurso de casación es extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional y ello conlleva la obligación de quien interpone el recurso de observar a cabalidad las exigencias taxativas establecidas en la Ley de Casación y, desde luego, el uso del razonamiento lógico jurídico que corresponde a cada causal y modo de infracción que se alegue; estimando desde luego que a la casación le corresponde la aplicación del principio dispositivo, por el cual, es el casacionista el que fija el límite del pronunciamiento judicial sobre el fondo del recurso, ya que en el Ecuador no existe la casación de oficio.

**6.- CAUSALES INVOCADAS Y ADMITIDAS:** Conforme se ha señalado, las entidades

casacionistas, sustenta sus recursos de casación en las causales cuarta y quinta, que fueron las admitidas por el Conjuez Nacional, las cuales, respectivamente señalan como precedente jurídico, los casos en que las sentencias dictadas en juicios de conocimiento puedan estar viciadas por:

**Causal cuarta:** <sup>a</sup> Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis<sup>o</sup>

Esta causal contempla <sup>a</sup> los vicios llamados por la doctrina de incongruencia o disonancia, que tiene lugar cuando haya falta de conformidad entre lo pedido y fallado por el Tribunal de segunda instancia. La incongruencia puede revestir de tres formas. 1. **De ultra petita** cuando la sentencia resuelve sobre más de lo pedido; es decir, cuando se falla con exceso de poder y por eso la sentencia se califica de excesiva; 2- **De extra petita** cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones no formuladas por el actor en su demanda, o sobre excepciones que no fueron propuestas por el demandado, y, 3. **De mínima petita o citra** petita cuando la sentencia deja u omite decidir sobre una o más de las pretensiones propuestas por el actor en la demanda o de una o más de las excepciones deducidas por el demandado en la contestación a la demanda<sup>1/4</sup> .<sup>o</sup> (Resolución No. 214-2001 publicada Registro Oficial No. 378 de 27 de julio de 2001. Pág 21).

Por manera que, cuando se denuncia la existencia de los vicios y modos en los que puede haber incurrido una sentencia o auto, es de rigor que el casacionista identifique no solo el vicio, sino que debe hacer el cotejamiento de la traba de la Litis, es decir, cuáles son los aspectos referidos en la demanda y cuáles son las excepciones opuestas en las contestaciones a la demanda, a fin de compararlas con la decisión judicial que se ataca, explicando la manera en que el fallo judicial incurrió en el vicio denunciado.

**Causal quinta,** establece que procede la casación <sup>a</sup> 5. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles<sup>o</sup>.

Respecto de esta causal, el doctor Santiago Andrade Ubidia, en su libro <sup>a</sup>La Casación Civil en el Ecuador<sup>o</sup> (Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 146), cita la sentencia 558-999, en la que se expresó: *“ Para dilucidar el tema, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en su fallo dijo al respecto<sup>1/4</sup> Para analizar la causal quinta, ante todo es necesario dilucidar si la contradicción de la que puede adolecer una decisión judicial se da solamente en la parte dispositiva de la sentencia, o también en su parte considerativa. Puede sostenerse, en base a una interpretación puramente literal del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación, que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la parte resolutive del fallo. Es verdad que la letra del numeral*

*quinto del artículo 3 de la Ley de Casación así parece disponer, pero la Sala estima que la correcta interpretación de esta norma es otra, más amplia, que incluye no solamente a lo expresado en la parte resolutive sino también su fundamentación objetiva, al tenor de lo que dispone el artículo 301 [297] inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. Es decir, se debe realizar un análisis integral del fallo, y establecer si hay o no la debida armonía en él, relacionándolo unas partes con otras en búsqueda de su cabal sentido*<sup>4</sup>*La Sala reitera lo que expresó en fallo No. 292 de 13 de marzo de 1999, dictado dentro del proceso de casación No. 662-1995, publicado en el Registro Oficial No. 255 de 16 de agosto de 1999, en el sentido de que la correcta interpretación de la causal quinta impone analizar la resolución con su motivación, y de encontrarse que hay contradicción o incompatibilidad, se deberá anular el fallo recurrido y dictar el que corresponda*<sup>o</sup>. Asimismo, sobre la causal se ha señalado: <sup>a</sup> Este vicio es de error de lógica, y tiene lugar cuando en la parte resolutive de la sentencia por un lado se afirma una cosa mientras que por otro se la niega y, por tanto, se destruyen recíprocamente, de tal suerte que se hace imposible la ejecución antagónica de todas<sup>o</sup> (Registro Oficial No. 27-29 de febrero de 2000, pág. 27).

## **7.- SUSTENTO DE LOS RECURSOS PRESENTADOS:**

### **7.1 Sobre la causal CUARTA:**

a) El GAD Provincial de Manabí, sostiene que: al contestar la demanda planteada en su contra, formuló como excepciones: (i) la caducidad del derecho y prescripción de la acción, de conformidad a los artículos 98, 99 y 100 de la LOSCCA, ya que los actores carecen de derecho a la acción para impugnar el pago y la liquidación de viáticos, movilizaciones y subsistencias que datan de diciembre de 2004, hasta noviembre de 2009, por haber transcurrido en exceso más de noventa días desde tales hechos administrativos; y, (ii) la ilegitimidad de personería de los actores que comparecen por medio de sus cónyuges sobrevivientes, quienes no tienen la capacidad legal para comparecer a este juicio, como tampoco tienen la calidad de herederos que les brinde la capacidad de litigar.

Que la sentencia no hace referencia alguna sobre tales excepciones sobre las que se trabó la Litis; que la competencia del Tribunal se basa en considerar que todos los actores serían sujetos sometidos a la LOSCCA; por manera que, al aplicarse las disposiciones legales infringidas cabía declarar la caducidad del derecho y la prescripción de la acción, conforme se pidió en la contestación a la demanda.

b) Respecto de esta causal, la Procuraduría General del Estado, en su recurso sostiene que, en su contestación a la demanda formuló como excepciones la caducidad del derecho de los actores para

demandar conforme disponen los artículos 98, 99 y 100 de la LOSCCA y, la Ilegitimidad de personería de los actores, entre los que comparecen cónyuges supervivientes que no tienen capacidad legal para comparecer a este juicio; sin que la sentencia se haya pronunciado sobre estos aspectos

### **7.2 Sobre la causal QUINTA:**

a) El GAD Provincial de Manabí sostiene que en el considerando décimo de la sentencia, el Tribunal considera que la resolución de la SENRES tiene mayor jerarquía que los artículos 119 y 228 de la Constitución de 1998, que garantiza la autonomía de los gobiernos seccionales; que los actores comparecen en número de 34 y que en la parte resolutive de la sentencia se acepta parcialmente la demanda presentada por Eloy Rivera Maldonado como Procurador común de Carlos Alarcón Farías y otros, cuando el señor Alarcón no es parte procesal, más si la sentencia dice que los actores son 32; por lo que el fallo tiene defectos en su motivación y es contradictoria e incompatible.

b) La Procuraduría General del Estado, en su recurso, sobre la causal en cita afirma que la sentencia atacada no contiene el requisito de motivación exigido en el artículo 76.7.1) de la Constitución y los artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Civil, no hay armonía entre la parte considerativa y resolutive del fallo.

## **8.- CONSIDERACIONES DE LA SALA RESPECTO DE LAS CAUSALES:**

### **8.1 Respecto de la causal cuarta:**

Los recursos admitidos son coincidentes en señalar que, pese a que en sus contestaciones a la demanda formularon la excepción de caducidad del derecho a accionar por partes de los accionantes, en la sentencia no se hace mención alguna a tal oposición, la cual está sustentada en los artículos 98, 99 y 100 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA).

De la revisión de la sentencia recurrida, se puede establecer que el Tribunal de instancia al referirse a las contestaciones a la demanda, afirma que el Consejo Provincial de Manabí, por medio de sus personeros propusieron como excepciones: <sup>a</sup> 1.- Caducidad de la acción contencioso administrativa (¼) 3.- Caducidad del derecho y prescripción de la acción acorde la normativa que rige el servicio público<sup>o</sup>; y que, la Procuraduría General del Estado se excepcionó con <sup>a</sup> 5.- Caducidad de la acción<sup>o</sup>.

En el numeral sexto del fallo, el Tribunal de instancia sostiene que la demanda ha sido presentada el 29 de enero de 2014, en tanto que la pretensión principal de los accionantes es el pago de haberes correspondientes a viáticos, movilizaciones y subsistencias, desde el mes de diciembre de 2004 al mes de abril de 2009; es decir a los cuatro años nueve meses; por lo que la demanda ha sido presentada dentro del plazo de cinco años para presentar dicha acción, rechazándose la excepción.

Al respecto es pertinente señalar que los recursos en análisis refieren que las normas infringidas están contenidas en los artículos 98, 99 y 100 de la LOSCCA, normas que a la letra ordenan:

Art. 98.- Prescripción de derechos. Los derechos a demandar contemplados en esta Ley a favor del servidor público prescribirán en el término de noventa días, contados desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieron otro plazo especial para el efecto.

Art. 99.- Prescripción de acciones. Las acciones que concede esta Ley que no tuvieren plazo especial, prescribirán en el término de noventa días, que se contará desde la fecha en que se le hubiere notificado al servidor público con la resolución que considere le perjudica.

Igualmente prescribirán en el término de noventa días las acciones de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en cada caso, plazo que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se decretó la sanción.

Art. 100.- Declaración de la prescripción. El juez u organismo competente declarará la prescripción invocada por cualquiera de las partes como acción o como excepción.

Es pertinente establecer que la caducidad, es un instituto propio del derecho público, por medio del cual se establece una consecuencia jurídica a la falta de ejercicio, no del derecho sustancial o material, sino del derecho al proceso, el cual debe ser ejercido dentro de los límites temporales prevenidos en la Ley; de modo que la caducidad se produce por el transcurso de ese tiempo sin que se haya ejercido en él el derecho a la acción. Ello muestra que, la caducidad puede producirse por razón de la omisión pública de accionar los procedimientos administrativos, de control, sancionatorios o de otra índole dentro del tiempo legal; como también la caducidad se hace presente cuando los administrados interesados en formular reclamos administrativos, interponer recursos en sede administrativa; o, cuando no se ha ejercido dentro del tiempo legal el derecho a demandar ante la administración de justicia el reconocimiento o restablecimiento del algún derecho que estima le corresponde.

La caducidad es un instituto procesal propio del principio de seguridad jurídica o del llamado eje de juridicidad de los estados sociales y constitucionales de derecho, es, si se quiere, una especie de

consecuencia de la garantía de preclusión; por medio de la cual, al fijarse términos legales para el ejercicio de acciones, se proscribe la posibilidad de que los administrados y la administración, tengan a su disposición todo el tiempo para ejercer esos derechos procesales; al contrario, para garantizar esa seguridad jurídica, se establecen tiempos claros para ese ejercicio, haciendo que el derecho a la acción precluya, termine al vencimiento de ese tiempo; generando en unos casos la caducidad de ese derecho a la acción y en otros, según establezca expresamente la norma legal, el nacimiento de actos administrativos fictos, como es el caso del silencio administrativo, sea positivo o negativo, cuando se trata de la actividad de los administradores público; en cambio, cuando es el administrado quien no ejerce su derecho a la acción, procedimental o procesal, dentro del tiempo legal, la consecuencia será siempre la extinción del derecho, sea a reclamar, a recurrir o a demandar.

El artículo 98 de la LOSCCA, establece con claridad que los derechos a demandar contemplados en ella, en favor de los servidores públicos, prescriben en el término de 90 días hábiles, contados desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que exista otro plazo especial para ese efecto; norma que concuerda con el mandato del artículo 99 de la misma Ley, la cual reitera que en caso de que las acciones previstas en ella, no contemplen un plazo especial, se producirá la prescripción del derecho, en el término de 90 días, contados<sup>a</sup> desde la fecha en que se le hubiere notificado al servidor público con la resolución que considere le perjudica<sup>o</sup>; prescripción que debe ser declarada por la Administración competente, cuando ha sido invocada como acción o excepción, según ordena el transcrito artículo 100. Debe estimarse asimismo que el artículo 97 de la LOSCCA, establece que el derecho del servidor público, a demandar el reconocimiento y reparación de los derechos que consagra esta Ley, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, debe hacerlo<sup>a</sup> en el término de noventa días contados desde la notificación del acto administrativo impugnado<sup>o</sup>.

En este contexto, es pertinente señalar, como lo ha reiterado esta Sala en innúmeros fallos, que cuando las leyes públicas hacen referencia a la prescripción, en realidad aquellos señalamientos son propios del instituto de la caducidad que pertenece al orden público, la cual puede ser declarada aun de oficio, sin que haya petición de parte; razones por las cuales incluso la caducidad no puede ser interrumpida por circunstancia alguna.

Si bien, el juzgador de instancia, en el citado considerando sexto de su fallo, no cita la norma, refiere que en el caso no se ha producido la caducidad por cuanto la demanda ha sido presentada dentro de los cinco años; plazo que, de conformidad al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa está fijado para las controversias derivadas de la contratación pública y otras materias de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; entre las cuales ciertamente no se encuentran la materia sobre la que versa el juicio de instancia.

Efectivamente, la misma norma señala el término de 90 días para que los administrados que estimen que la Administración ha negado, desconocido o no reconocido algún derecho subjetivo, puedan usar el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, demandando el reconocimiento, la reparación o el restablecimiento de los derechos que potencialmente han sido violados por el acto administrativo de que se trate.

En la especie, es absolutamente claro que las disposiciones jurídicas anunciadas como infringidas, determinan tiempos claros dentro de los cuales los administrados pueden hacer uso de su derecho reclamatorio en sede administrativa, para la generación de actos administrativos que, de serles total o parcialmente adversos, puedan demandarlos ante los señalados Tribunales Distritales. Así, el artículo 98 establece que los derechos establecidos en la LOSCCA en favor de los servidores públicos, prescriben (caducan en realidad), dentro de noventa días, contados desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, tiempo reiterado en su artículo 99, el cual sirve para cualquier otro caso.

Ahora bien, ¿cuándo debieron hacerse efectivos los derechos económicos de percibir valores por los rubros de viáticos, movilizaciones y subsistencias?; la respuesta es clara: al tiempo en que la Administración dispuso el traslado del servidor, para ejercer alguna tarea encomendada, fuera del lugar habitual del servicio o cuando se ordenó el cumplimiento de actividades fuera de la oficina; siempre y cuando el servidor acredite derecho para ese fin. Valores que, en el peor de los casos se liquidan y pagan mensualmente, al final de ese tiempo, junto con la remuneración; así es como opera la Administración. De suerte que, si las actividades se cumplieron en el mes de diciembre de 2004, que es la temporalidad de inicio del reclamo que obra de la demanda, de haber existido derecho, debía pagarse hasta el 31 de ese mes, que es cuando el derecho pudo hacerse efectivo; por consiguiente, si el pago no se realizó, este podía ser reclamado hasta luego de 90 días hábiles en sede administrativa; al igual que en los meses siguientes, porque el pago de remuneraciones es de tracto sucesivo, por manera que si ese reclamo no se lo realizó en ese tiempo, el derecho hacerlo precluyó por caducidad.

Lo propio ocurre con la demanda en sede judicial, ya que el artículo 97 de la LOSCCA, establece que el derecho del servidor público, a demandar el reconocimiento y reparación de los derechos que consagra esta Ley, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, debe hacerlo <sup>a</sup> en el término de noventa días contados desde la notificación del acto administrativo impugnado. Ello implica que, en estos casos, obligatoriamente, para demandar ante dichos tribunales, debe existir un reclamo administrativo previo y la existencia de un acto administrativo que haya negado ese reclamo, a fin de que ese acto pueda ser impugnado en recurso subjetivo o de plena jurisdicción, dentro de los noventa días hábiles siguientes al de la notificación al administrado que actúa como legitimario activo en el proceso judicial. Situación que hace colegir, sin dubitaciones que, existiendo ley expresa, el Tribunal de instancia, no podía en la especie considerar un tiempo diferente para calcular la

temporalidad legal en la presentación de la demanda. Lo dicho hace concluir la procedencia del recurso por este extremo; razón por la que corresponde a la Sala casar la sentencia y emitir la que corresponde en derecho, para lo cual se considera:

Que los derechos económicos reclamados en la demanda, por los accionantes del presente juicio, corresponden a viáticos, movilizaciones y subsistencias, que nos les habrían sido satisfechos por la Administración seccional demandada, en el tiempo comprendido entre el mes de diciembre de 2004 al mes de abril de 2009; consecuentemente, si la demanda ha sido presentada el 29 de enero de 2014; la misma ha sido formulada, fuera del término de noventa días contemplado en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previsto para el caso de los recursos subjetivos o de plena jurisdicción, como así lo califica la Sala a la demanda presentada en la causa; norma que concuerda con lo dispuesto en los artículos 97, 98 y 99 de la LOSCCA; lo que implica que tanto el derecho a reclamar en sede administrativa, como en sede jurisdiccional de control de legalidad ha caducado por el ministerio de la Ley.

#### **8.1 Respetto de la causal quinta:**

En vista de que del análisis de la causal cuarta se ha hecho evidente la existencia de la caducidad del derecho a reclamar administrativamente y a demandar; el ejercicio de analizar y pronunciarse respecto de la causal quinta resulta inoficioso en la especie; más allá de que los planteamientos de fondo que obran de los recursos de casación admitidos, incumplen los requisitos mínimos de fundamentación requeridos para esta clase de vicios.

**9.- DECISIÓN:** Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se aceptan los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y por el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Manabí, por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, al haberse evidenciado que en el caso se ha producido la caducidad del derecho de los accionantes a demandar; por consiguiente, SE CASA, la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con Sede en el cantón Portoviejo, el 22 de septiembre de 2016; y, aceptándose las excepciones de caducidad, se inadmite la demanda. Sin costas. Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

**DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**  
**JUEZ NACIONAL**

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

**FUNCIÓN JUDICIAL**

128140021-DFE

Juicio No. 17811-2017-00405

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

**AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO.** Quito, miércoles 22 de julio del 2020, las 11h10. **VISTOS:**

**1.º AVOCO: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **17811-2017-00405**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia de la Jueza Nacional doctora Cynthia Guerrero Mosquera; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 y 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, respectivamente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjueces Nacionales doctor Patricio Secaira Durango y doctor Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctora Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado; razón por la que, avocando conocimiento de la misma; y, al encontrarse en estado de dictar sentencia, para hacerlo, se considera:

**2.- ANTECEDENTES:**

**a)** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 20 de noviembre de 2018, las 11h53 dictó sentencia dentro del proceso **No. 17811-2017-00405**; seguido por el ciudadano Glenn Ernesto Erazo Obando en contra de la Empresa Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad, CNEL EP, en la persona de su Gerente General y como representante legal; del Administrador de la Unidad de Negocio de Bolívar y, del Procurador General del Estado; sentencia en la que, aceptando la excepción previa de <sup>a</sup> caducidad (prescripción) y declara sin lugar la demanda y dispone su archivo en consecuencia deviene en improcedente el pronunciamiento por parte de este órgano judicial, sobre las demás excepciones previas planteadas y validez procesal<sup>o</sup>; negando además la revocatoria solicitada por la parte actora conforme lo que

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO  
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
C=QUITO  
CE=QUITO  
0001956239  
0200419075

ordena el Artículo 254 del COGEP, en razón de que ese recurso no procede en contra de sentencias.

b) La parte actora del juicio de instancia, en escrito de 28 de noviembre de 2018 promueve recurso de casación en contra de la mencionada sentencia, acogándose a las causales segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); recurso que ha sido calificado por el tribunal de instancia.

c) El Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 21 de agosto de 2019, admitió a trámite el recurso de casación propuesto.

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

**4.- VALIDEZ:** En la tramitación del recurso de casación no se ha omitido solemnidad o procedimiento alguno que pueda influir en su decisión; consecuentemente, se declara la validez del proceso.

**5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurso de casación es extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional y ello conlleva la obligación de quien interpone el recurso de observar a cabalidad las exigencias taxativas establecidas en la Ley de Casación y, desde luego, el uso del razonamiento lógico jurídico que corresponde a cada causal y modo de infracción que se alegue; estimando desde luego que a la casación le corresponde la aplicación del principio dispositivo, por el cual, es el casacionista el que fija el límite del pronunciamiento judicial sobre el fondo del recurso, ya que en el Ecuador no existe la casación de oficio.

#### **6.- CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA:**

En el considerando III de la sentencia reprochada, el Tribunal de instancia, funda su decisión en que:  
<sup>a</sup> La demandada en su escrito de contestación presenta como excepciones la prescripción y la cosa juzgada<sup>o</sup>; señala asimismo que: <sup>a</sup>PRIMERO. La Resolución No. 13-2015, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 05 de noviembre de 2015, mediante la cual declaró la existencia del precedente jurisprudencial obligatorio en cuanto a la caducidad en el ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. En el Art. 1 del citado precedente, se establece que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una

potestad, es declarable de oficio, se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso, prescribiendo en sus literales lo siguiente: a) Los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. Este auto es susceptible de recurso de casación; b) Operada la caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito; y, c) La clase de recurso que se propone se determina únicamente por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción: si ésta es la de defender directamente un derecho subjetivo violado o ejecutar el silencio administrativo, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal así señalarlo, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente°. Además, en reiterados fallos de la anterior Corte Suprema de Justicia, se ha mencionado que "En derecho administrativo jamás se puede hablar de prescripción sino de caducidad, con el fin de que los actos de la administración no queden expuestos a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido, a fin de evitar una incertidumbre continua en la vida administrativa, es que se fijan términos perentorios más allá de los cuales el interés del particular no puede hacerse valer, no es más conocido. Concordante con lo anterior, hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio", como el publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2193 de 20 de noviembre de 2001.- (El subrayado es del Tribunal). Igualmente, la doctrina se ha referido a la caducidad, así el tratadista Dromi menciona: "la fijación de un término de caducidad para el ejercicio de la acción procesal administrativa está fundada en el propósito de dar estabilidad al acto administrativo no impugnado dentro de ese término. Para que los actos de la Administración no queden a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido, se fijan términos perentorios más allá de los cuales el interés de los particulares no puede hacerse valer. Estos plazos limitativos del término para ejercer la acción procesal administrativa son de caducidad de la acción, tienen naturaleza procesal y se refieren a la interposición de la demanda°.- En suma la caducidad es una excepción que se expresa en la falta de observancia del tiempo asignado por la ley para el ejercicio de la acción judicial, pues de no hacerlo pierde este derecho.- SEGUNDO. En la especie, de la revisión de la demanda y su complemento, aprecia que la pretensión primigenia se concreta en: "1. Que se ordene el cumplimiento de los acuerdos directos alcanzados en las actas de 27 de junio y 27 de julio de 2016, de conformidad con el Art. 92 de la LOSNCP, que definieron la terminación de mutuo acuerdo del contrato No. 030-2015-AJ-CNEL-EP-BOL, por un monto de uSD\$85.003,40, sin incluir IVA, y como contraparte la obligación del contratista de devolver el equipo mínimo utilizado, se disponga el cumplimiento de dichos acuerdos, dejando sin efecto la renovación de garantías de buen uso del anticipo y de fiel

cumplimiento del contrato pues el contrato se encuentra concluido. 2.- En virtud de los acuerdo alcanzados que el Tribunal ordene que se cancele por parte de CNEL EP BOLIVAR, el valor contenido en el acta de 27 de julio de 2016 que asciende a USD\$ 85.003,40, sin incluir el IVA y que no incluye el valor de los intereses por la demora de pago que se cuantificarán más adelante. 3.- Que se ordene el pago de la renovación de las garantías... 4.- Que se ordene  $\frac{1}{4}$  que la CNEL EP proceda a la entrega recepción del equipo mínimo faltante  $\frac{1}{4}$  5.- Que se ordene el pago de los intereses legales sobre los rubros definidos en el numeral 2 y 3 no pagados en su oportunidad.º.- De lo citado, es evidente que la parte actora busca directamente el pago de unas actas de trabajo para el trámite de terminación de mutuo acuerdo del contrato 030-2015-AJ-CNEL-EP-BOL, sin que demande la ejecución del Convenio de Terminación de Mutuo Acuerdo, previsto en el Art. 92 de la ley ibídem, el cual no ha adjuntado a su demanda ni ha referido su existencia en el libelo de la demanda, luego, es claro que no está exigiendo el cumplimiento del contrato tampoco del Convenio de Terminación del Contrato, sino más bien se refiere al presunto incumplimiento de actas de reuniones para el trámite de terminación de mutuo acuerdo del contrato; advirtiendo que el accionante confunde el trámite de terminación de mutuo acuerdo del contrato, con la finalización del contrato, propiamente dicha, que se plasma en el Convenio de Terminación de Mutuo Acuerdo, que debe ser suscrito por las partes contratantes, esto es, por el representante legal de la entidad contratante y el contratista, para que genere obligación legal en virtud de dicho convenio; por lo que no se puede considerar que se trata de una acción contencioso administrativa especial, referida a la controversia de materia de contratación pública, sino una acción subjetiva o de plena jurisdicción, ya que el accionante reclama un derecho subjetivo que considera vulnerado por la falta de pago de la suma pretendida, es decir, por un hecho administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 13-2015, antes citada.- En este contexto, es aplicable el Art. 326 numeral 1 del COGEP, que dice: "Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.", (El subrayado es del Tribunal), acción subjetiva o de plena jurisdicción que para su ejercicio el Art. 306 numeral 1 del referido cuerpo legal, establece el término de noventa días. En el caso sub iudice, se constata que el accionante tuvo conocimiento del presunto derecho vulnerado desde el 27 de julio de 2016, mientras que la demanda presentó el 12 de abril de 2017, esto es, luego de haber transcurrido en exceso el término de los noventa días, prevenido en la norma antes referida, en consecuencia ha operado la prescripción para demandar, más conocido en el ámbito administrativo como la caducidad para ejercer la acción judicial. TERCERO.- Tratándose de una excepción insubsanable de conformidad con el numeral 7 del Art. 295 del cuerpo procesal,

que tiene concordancia con lo dispuesto en el penúltimo inciso del Art. 4 de la Resolución No. 12-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que reza: <sup>a</sup> Artículo 4.- De encontrarse procedente una excepción previa no subsanable, la o el juzgador deberá resolver conforme la naturaleza de la misma. Si acepta las excepciones previas que se refieran a una cuestión sustancial del proceso; esto es prescripción, caducidad<sup>1/4</sup> , aceptará mediante sentencia° .

## **7.- CAUSALES INVOCADAS Y ADMITIDAS Y CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Conforme se ha señalado, el casacionista arguye que la sentencia que ataca ha incurrido en los vicios contenidos en las causales segunda y quinta del artículo 268 del COGEP, que son también aquellos admitidos a trámite y que se refieren a:

**7.1 Causal segunda**, que contiene como vicios que, de existir, pueden generar que se case la sentencia, cuando: <sup>a</sup> 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° .

**7.1.1** Se ha establecido unánimemente, por las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que esta causal contiene vicios in procedendo, que se aparecen en las sentencias o autos, proferidos en procesos de conocimiento cuando: (i) No contengan los requisitos establecidos en la Ley, los que dicen relación a la identidad del proceso judicial; de los sujetos activo y pasivo de la controversia,; fecha y lugar en la cual se expide; firma del juzgador; (ii) cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias, evento en el que la situación genera un vicio de incongruencia; (iii) cuando la conclusión del silogismo no esté respaldada por sus premisas fácticas y jurídicas, al que se lo denomina como vicio de inconsistencia; y (iv) cuando se produzcan vicios en la motivación. Respecto de esta causal se ha señalado: <sup>a</sup> Este vicio es de error de lógica, y tiene lugar cuando en la parte resolutive de la sentencia por un lado se afirma una cosa mientras que por otro se la niega y, por tanto, se destruyen recíprocamente, de tal suerte que se hace imposible la ejecución antagónica de todas° (Registro Oficial No. 27-29 de febrero de 2000, pág. 27).

### **7.1.2 Argumentos del casacionista sobre la causal segunda:**

Afirma el recurrente que la sentencia expedida por el Tribunal de instancia, <sup>a</sup> para declarar sin lugar la demanda y disponer su archivo, con total falta de motivación, han analizado en la especie las pretensiones de la demanda y señalan que las mismas no refieren al cumplimiento de un contrato administrativo, sino que tratan de resolver la terminación de mutuo acuerdo de un contrato administrativo HECHO ADMINISTRATIVO, y que por esta razón, para ejercer la acción contenciosa la misma se deriva del cumplimiento de un hecho administrativo, entonces solo se tendría 90 días para

demandar<sup>o</sup>; transcribe la parte del fallo en la que se formula la consideración sobre ese tema, en el cual se estima que la demanda contiene una acción subjetiva o de plena jurisdicción, ya que se reclama un derecho subjetivo vulnerado por la falta de pago de lo reclamado, lo cual es un hecho administrativo, conforme lo dispone la Resolución No. 13-2015 de la Corte Nacional de Justicia.

De lo que se infiere que el fallo no contiene un análisis motivado, ya que no se analiza el COA en los artículos: 125 (que define lo que es un contrato administrativo) y 127 (que define al hecho administrativo); los cuales diferencian al hecho administrativo y, el fallo asevera que ese hecho administrativo debía impugnarse dentro de 90 días; cuando el hecho administrativo es una actuación física; para ese efecto transcribe pensamientos de autores respecto de lo que es el hecho administrativo.

Que, el artículo 306.3 del COGEP establece que en los casos en que se trate de materia contractual, como el presente, en el que se exige el cumplimiento de las actas de terminación de mutuo acuerdo de un contrato administrativo, la demanda puede ser propuesta en el plazo de cinco años, ya que las actas de terminación de mutuo acuerdo no son actuaciones materiales, sino que se derivan del cumplimiento contractual, por lo que la acción iniciada estuvo dentro de ese plazo.

Que el artículo 92.2 de la LOSNCP establece que puede darse por terminado de mutuo acuerdo el contrato; por lo que esta norma, con las del COA hacen viable que las actas de terminación de mutuo acuerdo sean reclamadas en el plazo de 5 años. Que esa falta de motivación se produce por cuanto los jueces no explican ni lógicamente, congruente y acertada las razones de su fallo; tanto que declaran la caducidad y entre paréntesis ponen (prescripción), que son diferentes y no pueden operar al mismo tiempo.

Por manera que, entre los yerros que contiene la causal escogida por el casacionista, su argumento se centra en acusar que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación.

### **7.1.3 Consideraciones de la Sala sobre la causal segunda:**

La motivación es un deber ineludible que debe ser cumplido por los órganos del poder público que emiten resoluciones, entre ellas las que hacen relación a las decisiones judiciales; requisito que desde luego no corresponde al de las meras formalidades, ya que es de naturaleza sustancial en cada decisión.

Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de

derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de sus derechos. A este respecto la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones que <sup>a</sup> [¼ ] la obligación de motivar, así planteada, aparece como un instrumento que evita la arbitrariedad, puesto que exige a los funcionarios públicos la mejor fundamentación posible para justificar sus decisiones, con el objeto de hacerlas aceptables a los sujetos a quienes se dirigen y a la sociedad en su conjunto. Para cumplir con tal objetivo, la motivación tiene condiciones mínimas, a saber: debe ser **RAZONABLE, LÓGICA y COMPENSIBLE**; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar los conflictos presentados, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniente de los enunciados normativos utilizados. Cada uno de estos elementos han sido desarrollados por la Corte Constitucional a través de sus resoluciones; por ejemplo, en lo que respecta al **primer elemento, la razonabilidad, la Corte Constitucional** ha señalado que dicho requisito se expresa a través del enunciamiento por parte del juzgador, de normas o principios jurídicos en los que una decisión judicial se sustenta, se hace referencia a un sentido de razonabilidad. Dicho en otras palabras, la decisión que adoptan los administradores de justicia debe sustentarse en las fuentes que el derecho le ofrece para resolver el caso que ha sido sometido a su jurisdicción. Sobre el **segundo requisito, la lógica**, la Corte ha expresado que aquel implica la debida coherencia y concatenación de las premisas que componen el fallo entre sí y con la decisión que se adopta. El último requisito de la motivación es aquel que se encuentra establecido en el artículo 4 numeral 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y **se refiere a la comprensibilidad**, entendido desde el punto de vista de los principios procesales de la justicia constitucional, como comprensibilidad efectiva y que de acuerdo a tal disposición normativa, se verificará de la siguiente manera: "Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá dictar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte [¼ ]° (SENTENCIA N.º 145-15-SEP-CC CASO N.º 2147-13-EP, de 29 de abril del 2015).

La acusación fundamental que realiza el casacionista, es la relacionada a que en la sentencia de instancia se incurre en defectos de motivación, al considerarse que, de acuerdo a las pretensiones de la parte actora, la demanda contiene una acción subjetiva o de plena jurisdicción, ya que se reclama un derecho subjetivo vulnerado por la falta de pago de lo reclamado, lo cual es un hecho administrativo, conforme lo dispone la Resolución No. 13-2015 de la Corte Nacional de Justicia, puesto que aquellas no se refieren al cumplimiento de un contrato administrativo, razón por la que el Tribunal Distrital consideró que la demanda debía haberse presentado dentro del término de 90 días y, al habérsela

presentado fuera de ese tiempo, se lo hizo cuando su derecho había caducado (prescrito).

El artículo 306 del COGEP, claramente establece los tiempos dentro de los cuales pueden ejercerse las acciones en materia contencioso administrativa; así: (i) la acción subjetiva o de plena jurisdicción puede ser presentada dentro de los 90 días contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto administrativo impugnado; (ii) en cambio, la acción relacionada a materias contractuales y otras de competencia de dichos Tribunales, la demanda puede ser presentada hasta dentro del plazo de cinco años. Esas son las causales contempladas en los numerales 1 y 3, respectivamente, de esa norma legal.

El mismo cuerpo de normas en su artículo 326 define a la acción subjetiva o de plena jurisdicción, como aquella que <sup>a</sup>ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que producen efectos jurídicos directos<sup>o</sup>.

Las clásicas acciones o recursos contencioso administrativos, son en realidad procesos judiciales por los cuales el Estado establece mecanismos encaminados a que las personas que han sido afectadas por las decisiones públicas emitidas en ejercicio de función administrativa, puedan impugnarlas judicialmente; cumpliendo de esta manera lo ordenado por el artículo 173 de la Constitución de la República; más aun que una de las características de un Estado Constitucional de Derechos es, precisamente, la judiciabilidad de todos los derechos. Ello precisamente es lo que expresa la norma en cita en sus tres primeros literales. Ahora bien, desde comienzos de la década de los noventa se han incorporado a las competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, materias que, sin ser propias de esa jurisdicción, han sido asignadas a esos órganos judiciales; entre ellas las previstas en el numeral 4 de esa disposición legal y puntualmente la fijada en su literal d) que se refiere a <sup>a</sup>Las controversias en materia de contratación pública<sup>o</sup>.

El artículo 306, como hemos manifestado, es claro cuando expresa que en las acciones relativas a los conflictos de la contratación pública las demandas pueden ser presentadas hasta dentro del plazo de cinco años; en tanto que las subjetivas en el término de noventa días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha que <sup>a</sup>se notificó el acto impugnado<sup>o</sup>.

En este orden de ideas resulta indispensable recordar que en materia contencioso administrativa existen en realidad tres expresiones jurídicas de la administración pública que pueden ser objeto de impugnación: (i) los actos administrativos, que según Gallego Anabitarte es: <sup>a</sup> la Resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto (1/4)>>>acto administrativo es la resolución, unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por u

sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos>> (citado por Zavala Egas, Jorge. <sup>a</sup>Lecciones de Derecho Administrativo°, Edilex S.A. Guayaquil (2011), p.338). En efecto, el acto administrativo es una manifestación de la voluntad pública, que genera efectos jurídicos y materiales directos e inmediatos en la persona a la que va dirigido; desde luego que se reconoce la existencia de actos administrativos que no son expresos o regulares, sino presuntos o tácitos. Cualquiera sea el acto administrativo es susceptible de ser impugnado judicialmente; ya que solo este puede negar, desconocer o no reconocer los derechos concretos (subjctivos), de una persona.

Sin duda que el artículo 326 debió guardar conformidad con lo que ordena el artículo 306; mas, ello no ocurrió, cuando aquél incorpora como impugnables los hechos administrativos; los cuales por su propia esencia han sido definidos como aquellas actividades materiales o prácticas de la administración pública, que generan efectos jurídicos, sea antes de la emisión de un acto administrativo o luego, cuando se encargan de ejecutar un acto administrativo; así, cuando se toman las medidas del consumo de agua potable (hecho administrativo previo), para que se genere la orden de pago o la factura por el servicio prestado(acto administrativo posterior); o, cuando se ha ordenado la clausura de un establecimiento (acto administrativo previo) y se colocan los sellos respectivos (hecho administrativo posterior). De ello se explica que, el hecho administrativo por esencia no puede ser impugnado judicialmente, ya que el propósito de la impugnación es retirar de la vida jurídica las expresiones de la administración que afectan los derechos de las personas; de ello se infiere, con los ejemplos anteriores, que pueden impugnarse, sea la factura o la orden de clausura, pero no puede impugnarse el hecho de la medición y la colocación de los sellos, como no podía impugnarse el hecho administrativo que provocó el derruimiento de una casa generada por la impericia de un operador de maquinaria pública (hecho administrativo); ya que, reiterando, el propósito de la impugnación es dejar sin efecto lo impugnado; lo propio ocurre con las otras formas de hechos administrativos.

Mas en el caso, es claro que los reclamos que obran de la demanda, encaminados a lograr el pago de valores provienen de un contrato administrativo, suscrito entre el actor y la Unidad de Negocio de Bolívar de la Empresa Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad, CNEL EP; conforme se evidencia tanto del recurso de casación, como de la sentencia reprochada, no constituyen ni actos administrativos susceptibles de ser impugnados, como tampoco pueden ser considerados como hechos administrativos que, pese al yerro legal, no pueden ser impugnados según lo estatuye el numeral 1 del artículo 306 del COGEP.

Si, como se ha dicho, la controversia proviene de la ejecución de un contrato administrativo; resulta evidente que al caso no es realmente aplicable el numeral 1 del Art. 326 del COGEP, ya que en la demanda no se impugna acto administrativo ni <sup>a</sup>hecho administrativo° alguno, para que el caso pueda

ser considerado como una acción subjetiva o de plena jurisdicción; puesto que el caso es claramente una controversia relativa o proveniente de la contratación pública, prevista en el numeral 4, letra d) de la misma norma legal, en concordancia con el numeral 3 del artículo 306 del COGEP; de lo que se infiere que la demanda podía ser presentada dentro del plazo de cinco años.

De lo expuesto, la Sala ha podido establecer que la subsunción entre los precedentes fácticos y la normativa que debía ser aplicada para la solución del problema jurídico correspondiente a la materia analizada, incurre en defectos de motivación, por cuanto las normas usadas para esa finalidad no son las pertinentes al caso; razón por la que es procedente el recurso de casación amparado en la causal segunda del artículo 268 del COGEP.

**7.2 Causal quinta** del artículo 268 del COGEP que establece como causal de casación, cuando la sentencia o auto: <sup>a</sup> 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<sup>o</sup>.

**7.2.1** Causal que dice relación a la existencia de vicios in iudicando, relativos al derecho sustantivo, por lo que se trata de violaciones directas a las normas de derecho material que se producen en los modos autónomos que señala la norma, los cuales no pueden pervivir coetáneamente. Los vicios in iudicando, significan que los hechos discutidos en el juicio han sido aceptados por el casacionista, por lo que no pueden estar en discusión, por ello el Juez de Casación está impedido de volver a analizar esos precedentes fácticos. En suma, cuando el recurso se acoge a esta causal, al juzgador le corresponde determinar si los vicios denunciados, existen en la decisión judicial recurrida, esto es si en la sentencia, el juzgador de instancia aplicó correctamente las normas sustanciales denunciadas como infringidas.

#### **7.2.2 Argumento del casacionista sobre la causal quinta:**

Señala el casacionista que en la sentencia que ataca, se ha producido el vicio de errónea interpretación de los artículos 153, numerales 6 y 7; 306 numeral 3 y artículo 307 del COGEP.

Que en la sentencia se afirma que, el accionante conoció del derecho vulnerado el 27 de julio de 2016, y la demanda la ha presentado el 12 de abril de 2017, cuando ha transcurrido en exceso el término de 90 días, habiendo operado la prescripción para demandar, más conocida como caducidad, en el ámbito administrativo; por lo que, tratándose de una excepción insubsanable conforme el numeral 7 del artículo 295 del COGEP y del penúltimo inciso del artículo 4 de la resolución 12-2017 del Pleno de la Corte Nacional, se declara la caducidad (prescripción), y se ordena e archivo de la causa.

Que, conforme el artículo 153 del COGEP, la caducidad y la prescripción son dos excepciones previas que entendidas por separado refieren a dos supuestos fácticos aplicables a casos distintos; por lo que los jueces entendieron rectamente la norma pero la aplicaron a un supuesto fáctico diferente del hipotético, pues el caso trata del cumplimiento de las actas de terminación de mutuo acuerdo del contrato y no sobre un acto o hecho administrativo impugnado en 90 días.

Pide para los dos casos, que se case la sentencia recurrida, se disponga dejar sin efecto el archivo del proceso y ordenar se convoque a la audiencia preliminar conforme el artículo 292 del COGEP.

### **7.2.3 Consideraciones de la Sala sobre la causal invocada:**

El casacionista estima infringidos, por errónea interpretación, los artículos 153.6 y 7; 306.3 y 307 del Código Orgánico General de Procesos; normas que dicen relación a:

El artículo 153, hace relación a las excepciones previas que pueden ser presentadas por los demandados, en los procesos judiciales que regula ese Código; oposiciones que son taxativas; entre las cuales se encuentran <sup>a</sup>6. Prescripción. 7. Caducidad<sup>o</sup>.

El Artículo 306 del COGEP, en su numeral 6, en cuanto se refiere a los tiempos en los que pueden ejercerse las acciones judiciales, en su numeral 3 dice: <sup>a</sup>En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años<sup>o</sup>.

La otra disposición denunciada como infringida está contenida en el artículo 307 del COGEP, que ordena: <sup>a</sup>Prescripción. En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda<sup>o</sup>.

Como se ha sostenido, la causal quinta del artículo 268 del COGEP, se refiere exclusivamente a la violación directa de normas jurídicas de derecho sustantivo; por tanto, de la causal, están proscritas las normas de orden procesal.

Se entienden como normas de derecho sustantivas a aquellas que establecen privilegios u obligaciones a las personas; en tanto que las adjetivas o procesales son las encargadas de instrumentarlas, mediante la regulación del procedimiento que debe observarse para hacer efectivos esos derechos; por manera

que las normas adjetivas cumplen la finalidad de activación de los órganos públicos encargados del reconocimiento de los derechos materiales o de la solución de los conflictos que se generan en torno a la aplicabilidad de los derechos sustantivos. Así entendida la diferenciación entre esas dos clases de normas y revisadas las disposiciones legales que el casacionista estima infringidas, se puede determinar sin dubitaciones que estas pertenecen al ámbito de las normas procedimentales, previstas en el Código Orgánico General de Procesos, consecuentemente, no corresponden a las disposiciones jurídicas prevenidas en la causal invocada, por lo que, el recurso es improcedente por este extremo.

**8.- DECISIÓN:** Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, aceptando parcialmente el recurso de casación propuesto por el ciudadano Glenn Ernesto Erazo Obando, únicamente por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, conforme los considerandos precedentes, en los que se ha determinado con claridad que en el presente caso no ha operado la caducidad por no tratarse de una acción impugnatoria sino de acción relativa a conflictos derivados de la contratación pública; consecuentemente, **CASA** la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito el 20 de noviembre de 2018, las 11h53 dictada dentro del proceso **No. 17811-2017-00405**; por consiguiente se dispone devolver el proceso al mencionado Tribunal Distrital, para que previo sorteo, el caso sea asignado a otros jueces, quienes, de manera inmediata convocarán a audiencia preliminar para continuar con la tramitación de la causa. Sin costas. Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

**DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

**JUEZ NACIONAL**

**DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**JUEZ NACIONAL (E)**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

129539712-DFE

Juicio No. 09802-2018-00068

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

**AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, jueves 13 de agosto del 2020, las 10h27. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **c)** El 02 de marzo de 2020 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

#### **I.- ANTECEDENTES**

**1.1.-** En sentencia dictada el 10 de octubre de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, dentro del juicio No. 09802-2018-00068 deducido por el señor Cristóbal Mecías Tinoco Blacio en contra del Contralor General del Estado, resolvió aceptar parcialmente la demanda y declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, sin lugar a las demás pretensiones.

**1.2.-** El Director Provincial de Guayas de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP.

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
C=QUITO  
O=QUITO  
E=09802-2018-00068

**1.3.-** Con auto de 06 de enero de 2020 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

**1.4.-** Con auto de sustanciación de fecha 16 de junio de 2020 se convocó para el día martes 30 de junio de 2020, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.5.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció la institución pública recurrente a través de su procuradora debidamente acreditada, quien expuso su fundamentación en base a las causales que fueron admitidas a trámite. Mientras se desarrollaba la audiencia se pudo visualizar en la pantalla al abogado que afirmó ser la defensa técnica del actor del juicio, pero en virtud de que no se había presentado el correspondiente escrito físico o virtual con el que haya solicitado comparecer a la audiencia en forma virtual, el Tribunal consideró que no estaba autorizado para intervenir en la audiencia. Luego de escuchar la fundamentación del recurso el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral rechazando el recurso de casación interpuesto, 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 10 de octubre de 2019 dentro del juicio No. 09802-2018-00068 adolece de los errores de derecho acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

## **III.- ANÁLISIS**

**3.1.-** En el numeral 6.1 del escrito contentivo del recurso el casacionista acusa: <sup>a</sup>¼ *cuando la sentencia haya incurrido en falta de aplicación de normas de derecho sustantivo; en el presente caso, la no consideración del Mandato Constituyente No. 8, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 353 de 05 de junio de 2008, Disposición Transitoria Tercera*¼ °. Sin embargo, un párrafo más adelante el recurrente manifiesta: <sup>a</sup> *La sentencia impugnada contiene errónea aplicación de normas de Derecho sustantivo respecto a lo establecido en el Mandato Constituyente No. 8, Disposición*

*Transitoria Tercera*<sup>1/4</sup>°. Adviértase entonces que respecto de una misma norma (Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 8), el recurrente acusa de 2 vicios a la vez (falta de aplicación y errónea interpretación), lo que resulta improcedente toda vez que los vicios contemplados en el caso 5 del artículo 268 del COGEP son autónomos e independientes ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles por lo que resultan excluyentes entre sí, de tal manera que una misma norma nunca pudo ser erróneamente interpretada y a la vez no haber sido aplicada.

**3.2.-** El casacionista fundamenta su recurso en los casos 2 y 5 del artículo 268 del COGEP y para el efecto, en el numeral 6.1 de su recurso, ha realizado una transcripción textual de todas las normas que considera infringidas, pero a continuación no ha realizado ninguna fundamentación por separado de cada una de las causales alegadas, sino que en un solo argumento ha juntado la fundamentación para ambas causales, lo que contraviene la técnica casacional.

En lo que respecta al vicio de falta de motivación, el casacionista, en el numeral 6.2 de su recurso se ha limitado a señalar lo siguiente: *“El Tribunal invoca este deber de motivación, pero sus argumentos no alcanzan a desvirtuar la legalidad del acto emitido por el Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, pues se sustenta en una argumentación totalmente ilógica y forzada, como ya se demostró con suficiente fundamento en este recurso, lo que hace que, a su vez, sea la sentencia recurrida la que carece de motivación suficiente para emitirse la decisión de declarar la nulidad de un acto legal y legítimo*<sup>1/4</sup>°. A lo largo de la fundamentación del casacionista no existe alusión adicional alguna respecto a la falta de motivación de la sentencia recurrida, verificándose entonces que respecto a este vicio el casacionista de manera por demás escueta se ha limitado a decir que la sentencia recurrida es *“ilógica y forzada”*, pero en ninguna parte ha explicado los motivos por los cuales considera que dicha sentencia es ilógica, toda vez que ha omitido identificar la incongruencia que existiría entre las premisas y la conclusión, ni ha identificado la parte de la sentencia recurrida en que se habría incurrido en la referida falta de lógica, por lo que la acusación de falta de motivación deviene en un simple enunciado carente de sustento.

En lo que tiene que ver al vicio de errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, el recurrente ha transcrito el Decreto Ejecutivo y los Acuerdos Ministeriales que a su criterio han sido erróneamente interpretados, pero en ninguna parte de su fundamentación el casacionista ha explicado de qué manera el Tribunal de instancia ha otorgado a dichas normas un alcance o sentido distintos a los previstos por el legislador, ni ha explicado cuál es la correcta interpretación que se debía dar a dichas normas. Cabe recordar que el vicio acusado es el de errónea interpretación, más sin embargo, al momento de sustentar el recurso y luego de transcribir los distintos Acuerdos Ministeriales el casacionista manifiesta: *“Es decir, la legislación ecuatoriana contiene norma expresa, específica y*

*vigente al respecto y por tanto regula los actos administrativos, que al parecer del Tribunal no ameritó ser aplicado, ni tomado en cuenta*<sup>14</sup>°, develándose de esta manera que por un lado el recurrente acusa del vicio de errónea interpretación, pero al momento de fundamentarlo indebidamente se remite a otro vicio: la falta de aplicación, lo que resulta improcedente. Al respecto el tratadista Santiago Andrade ha dicho: *“Quizá con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación. Así se ha resuelto*° (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 282). Adicionalmente se debe señalar que el caso 5 del artículo 268 del COGEP que es invocado por el casacionista, se refiere de manera exclusiva a violación de normas de carácter sustantivo, mas sin embargo el recurrente ha citado varios Acuerdos expedidos por el Ministerio de Relaciones laborales que son de carácter netamente procedimental (adjetivo) pues se limitan a establecer el porcentaje del subsidio de antigüedad y la forma en que se lo debe pagar.

Lo que más bien ha hecho el recurrente es exponer un alegato en defensa de la legalidad del acto administrativo impugnado en la fase judicial, para lo cual ha citado normas constitucionales y legales en las que se fundamentó la emisión del acto administrativo, así como los distintos argumentos en los que la Contraloría General del Estado se ha basado para establecer responsabilidad civil culposa, olvidando el recurrente que en un recurso extraordinario de casación no se analiza el acto administrativo impugnado, sino que se analiza la sentencia recurrida a fin de verificar si la misma ha incurrido o no en los yerros acusados. Sin embargo, en el caso *sub examine*, el recurrente lejos de demostrar los vicios acusados, lo que ha hecho es un alegato en defensa de sus intereses, como si se tratara del extinto recurso de tercera instancia, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

**3.3.-** El artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado regula el plazo que tiene el órgano de control para emitir sus resoluciones, disponiendo lo siguiente: *“La resolución respecto de la determinación de responsabilidad civil culposa se expedirá dentro del plazo de **ciento ochenta días**, contado desde el día hábil siguiente al de la notificación de la predeterminación. Si la determinación de la responsabilidad civil culposa incluyere responsables solidarios, el plazo anterior se contará desde la última fecha de la notificación*° (Lo resaltado nos corresponde). La disposición legal citada, por ser de orden imperativo y de claridad absoluta, debe ser aplicada en forma literal y en función de los elementos fácticos que se encuentren en el respectivo expediente administrativo. En la especie, la predeterminación de responsabilidad fue notificada el día **19 de abril de 2016**. Por su parte, la determinación de responsabilidad (Resolución de 17 de agosto de 2017), fue notificada al

accionante el **07 de noviembre de 2017**, quedando de esta manera evidenciado que la Contraloría General del Estado expidió el acto administrativo impugnado cuando había fenecido el plazo que tenía para el efecto.

#### **V.- DECISIÓN**

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial de Guayas de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 10 de octubre de 2019, a las 11h26, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil dentro del juicio No. 09802-2018-00068.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E)**

**DR. ALVARO OJEDA HIDALGO**

**JUEZ NACIONAL**



129541232-DFE

Juicio No. 01803-2018-00403

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

**AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO.** Quito, jueves 13 de agosto del 2020, las 10h37. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjuceces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **c)** El 02 de marzo de 2020 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durando e Iván Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente. **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1.-** En sentencia de mayoría dictada el 07 de octubre de 2019, la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00403 deducido por el señor José Ricardo Flores Flores en contra del Contralor General del Estado, resolvió declarar la nulidad de las Resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado, respecto al accionante.

**1.2.-** El Director Provincial de Azuay de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia de mayoría, fundamentándose para el efecto en los casos 3 y 5 del artículo 268 del COGEP.

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
C=QUITO  
0200419878

**1.3.-** Con auto de 07 de enero de 2020 el Conjuerz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

**1.4.-** Con auto de sustanciación de fecha 16 de junio de 2020 se convocó para el día jueves 25 de junio de 2020, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.5.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció telemáticamente la institución pública recurrente a través del Director Provincial de Azuay acompañado de su defensa técnica, quien expuso su fundamentación en base a las causales que fueron admitidas a trámite. Respecto a la comparecencia del actor del juicio se debe mencionar que su abogado patrocinador ha intentado conectarse al sistema de audiencias virtuales; y, de conformidad a lo informado por el Ayudante Judicial de la Unidad de Talento Humano, dicho abogado ingresó a la sala de audiencias una vez que el Juez ponente anunció que el Tribunal pasaría a deliberar, motivo por el cual el Tribunal de esta Sala Especializada consideró que su comparecencia era extemporánea. Luego de escuchar a la institución pública recurrente, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral rechazando el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, 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 de mayoría dictada el 07 de octubre de 2019 dentro del juicio No. 01803-2018-00403 adolece de los errores de derecho acusados por el recurrente; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

## **III.- ANÁLISIS**

**3.1.- Respecto al caso 5 del artículo 268 del COGEP.-** Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP el recurrente acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, norma ésta que dispone lo siguiente: *“La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del*

*Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos*<sup>o</sup>. Es necesario recordar que el vicio de falta de aplicación que es acusado por el casacionista implica un error de existencia y se presenta cuando el juzgador ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto litigioso. En este caso el recurrente debe demostrar a través de su fundamentación la trascendencia de la aplicación de dicha norma, explicando de qué manera la sentencia hubiera sido diferente si se la hubiera aplicado.

Al fundamentar el recurso por esta causal, el recurrente manifiesta: *“La disposición legal es totalmente clara al señalar que la facultad que tiene el Ente de Control para emitir su pronunciamiento caduca se han transcurrido 7 años desde que se produjeron los hechos, en el caso concreto que nos ocupa, los valores que corresponden a los egresos por servicio de lavado efectuado datan desde el mes de septiembre de 2009 hasta abril del año 2010; y, el servicio de engrasado de septiembre de 2009 a febrero del año 2010, por lo que la caducidad se hubiera producido a partir del mes de septiembre de 2016, en tanto que la Resolución original fue expedida el 08 de marzo de 2016 y notificada el 09 de junio del mismo año*<sup>o</sup>. Respecto al argumento esgrimido por el casacionista, esta Sala Especializada verifica que en los literales b) y c) del considerando séptimo de la sentencia de mayoría recurrida, el Tribunal de instancia ha aplicado de forma correcta las normas que correspondían a los antecedentes del caso, esto es, los artículos 26 y 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que son las normas que precisamente establece los tiempos dentro de los cuales la Contraloría General del Estado puede actuar, por lo que el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión de que en el presente caso la Contraloría General del Estado aprobó su informe y emitió la resolución con la que confirmó la responsabilidad, fuera de los plazos previstos en la referidas normas, por lo que dichos actos son nulos al haberse emitido cuando el ente de control había perdido competencia en razón del tiempo, esto es, cuando sus potestades habían caducado.

En tal virtud, el plazo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que el recurrente considera infringido por su falta de aplicación, resulta intrascendente, toda vez que la aplicación de esta norma en nada hubiera cambiado la sentencia de mayoría emitida en la presente causa ni hubiera sido diferente, ya que de todas maneras las potestades de la Contraloría General del Estado ya habían caducado previamente, evidenciándose de esta manera que el casacionista no ha logrado demostrar la trascendencia de la norma que acusa haber sido inaplicada, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

**3.2.- Respecto al caso 3 del artículo 268 del COGEP.-** Con cargo al caso 3 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que los jueces de mayoría han resuelto más allá de lo pretendido por el

accionante. Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista cita los artículos 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial y transcribe la pretensión del actor constante en el libelo de demanda, que es lo relativo a la declaratoria de nulidad de la resolución impugnada, para en base a ello el recurrente sostener lo siguiente: *“En relación a lo expuesto en líneas precedentes, queda claro cuáles fueron las pretensiones del actor, las mismas que por imperio legal, delimitan la actuación final del Juzgador al momento de dictar sentencia; sentencia que debe guardar congruencia con los puntos materia del proceso (1/4) lo cual, no sucede en el fallo de mayoría que se impugna (1/4) los Jueces que emitieron el fallo de mayoría, han concedido más allá de lo que se demandó, sin que esta forme parte de la iniciativa de la parte legitimada, en este caso el actor; por lo tanto, el Tribunal al haber dictado sentencia de mayoría en el sentido que lo hicieron, se contraponen a expresas disposiciones legales que le obligan a resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso, considerando siempre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes, lo que evidentemente no se verifica en el presente caso”.*

Respecto a los argumentos del casacionista se debe señalar que la caducidad es una figura propia del derecho público que opera *ipso jure* por el transcurso del tiempo para ejercer una potestad, y por lo tanto es declarable aún de oficio. Al respecto, Juan Carlos Cassagne señala: *“En el procedimiento administrativo es indudable la importancia que tiene el tiempo como hecho natural, generador y extintivo de situaciones jurídicas, en cuanto constituye la base para determinar el cómputo de los plazos que obligatoriamente deben observar el administrado y la Administración en las distintas fases o etapas procedimentales (1/4) En el procedimiento administrativo el plazo o término alude esencialmente al lapso en el cual deben cumplimentarse las distintas etapas o fases del procedimiento”* (Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1996, páginas 340 y 341). En tal virtud, cuando la Ley establece tiempos dentro de los cuales debe actuar la Administración Pública, en el marco de las competencias que la Ley fija para cada ente público, pretende limitar el ejercicio del poder público con el propósito de que la Administración no disponga ilimitadamente del ejercicio de esas competencias jurídicas; por consiguiente, ejercer actividades y expedir resoluciones fuera del tiempo que la Ley determina, constituye un acto de desviación de poder que carece de valor jurídico, ya que, vencido el tiempo legal, precluye la actividad pública en torno al caso específico. Es precisamente por este motivo que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 13-2015 de 30 de septiembre de 2015, publicada en el primer suplemento del Registro Oficial No. 621 de 05 de noviembre de 2015, declaró la existencia del precedente jurisprudencial obligatorio en cuanto a la caducidad. El artículo 1 de la citada Resolución establece que la caducidad es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. El literal b) del citado artículo 1 dispone: *“Operada al caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar*

*otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito (1/4)º*. Queda claro entonces que el Tribunal de instancia podía declarar la caducidad de las potestades de la Contraloría General del Estado aún de oficio, sin necesidad de que alguna de las partes procesales la haya alegado, y eso es precisamente lo que hizo el Tribunal de instancia en el presente caso, por lo que esta Sala Especializada verifica que la sentencia de mayoría recurrida no ha incurrido en el vicio de *plus petitio* que ha sido acusado por el recurrente, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

#### IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial de Azuay de la Contraloría General del Estado; y, en tal virtud, no casa la sentencia de mayoría dictada el 07 de octubre de 2019 por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca dentro del juicio No. 01803-2018-00403.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

**JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO

**JUEZ NACIONAL**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

**JUEZ NACIONAL (E)**

**FUNCIÓN JUDICIAL**

129863935-DFE

Juicio No. 09802-2018-00545

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

**AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 18 de agosto del 2020, las 13h11. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El doctor Alvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, y fue ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 del 15 de noviembre de 2019. **b)** Los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, y fueron ratificados el 15 de noviembre de 2019. Adicionalmente, con oficios Nos. 2280-SG-CNJ-ROG y 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se los designó Jueces Nacionales encargados en remplazo del doctor Pablo Tinajero Delgado y de la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, respectivamente. **c)** El 02 de marzo de 2020 se sorteó el presente proceso, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente. **d)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1.-** En sentencia dictada el 07 de octubre de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, dentro del juicio No. 09802-2018-00545 deducido por el señor Fabrizio Ricardo Marcillo Morla en contra de de la Rectora y de la Decana de la Facultad de Ingeniería Marítima, Ciencias Biológicas, Oceánicas y Recursos Naturales de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL), resolvió negar la demanda y disponer su archivo.

**1.2.-** El señor Fabrizio Ricardo Marcillo Morla interpuso recurso de casación en contra de la antes citada sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos 1 y 2 del artículo 268 del COGEP.

**FUNCIÓN JUDICIAL**  
DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
IVAN RODRIGO  
LARCO ORTUÑO  
C=QUITO  
0904386235  
0200419075

**1.3.-** Por su parte, el procurador judicial de la representante legal de la ESPOL planteó recurso de casación fundamentándose en el caso 5 del artículo 268 del COGEP.

**1.4.-** Con auto de 08 de enero de 2020 el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite los 2 recursos de casación interpuestos en la presente causa.

**1.5.-** Con auto de sustanciación de fecha 16 de junio de 2020 se convocó para el día jueves 02 de julio de 2020, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

**1.6.-** En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció la ESPOL a través de su procurador debidamente acreditado, quien expuso su fundamentación en base a la causal que fue admitida a trámite. También compareció a la audiencia el actor del juicio acompañado de su defensa técnica, quien también fundamentó su recurso en base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral por unanimidad, rechazando los recursos planteados por la ESPOL y por el señor Fabrizio Ricardo Marcillo Morla, 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 07 de octubre de 2019 dentro del juicio No. 09802-2018-00545 adolece de los errores de derecho acusados por los recurrentes; y, de comprobarse dichos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

## **III.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL (ESPOL)**

Con cargo al caso 5 del artículo 268 del COGEP la ESPOL acusa a la sentencia de los vicios de falta de aplicación y de indebida aplicación de ciertas normas de derecho. Al respecto es necesario recordar que en la sentencia dictada el 07 de octubre de 2019 en la presente causa, el Tribunal de instancia resolvió negar la demanda deducida por el señor Fabrizio Ricardo Marcillo Morla y disponer su

archivo, lo que significa que la sentencia fue favorable a los intereses de la ESPOL.

La casación es un recurso extraordinario, formalista, de admisibilidad restringida, motivo por el cual el COGEP determina con precisión quien está legitimado para interponerlo, de manera que no cualquier parte procesal puede plantear el recurso, sino únicamente aquella a quien la Ley le ha facultado para hacerlo. El artículo 77 del COGEP de manera clara y contundente dispone: <sup>a</sup> *Art. 277.- Legitimación para interponer el recurso. El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto*<sup>¼</sup>°. En la especie, la ESPOL no ha demostrado en la sustanciación de este recurso de casación que haya recibido agravio alguno con la emisión de la sentencia recurrida, por lo que al carecer de legitimación suficiente, se rechaza su recurso.

#### **IV.- RESPECTO AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL SEÑOR FABRIZIO RICARDO MARCILLO MORLA**

**4.1.-** Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación. Al fundamentar el recurso por esta causal, en el acápite IV.1.1 del escrito contentivo del recurso, el casacionista manifiesta: <sup>a</sup> *La sentencia impugnada no motiva de ninguna forma porqué debe contar los días para efectos de caducidad, desde el último período reclamado para encontrar un pretexto y declarar caducidad; nótese que tampoco determina las fechas límites de tal período, y que no cuenta para tales efectos la fecha de terminación unilateral por parte de la administración, del contrato de servicios, fecha esa sí limitante, que sucedió el 2 de marzo de 2018*°. Más adelante, en el acápite IV.1.5 del recurso el casacionista argumenta lo siguiente: <sup>a</sup> *¼ En esta causa tal sustento no existe, porque se llega al absurdo y arbitrariedad de invocar, para fundamentar la decisión de rechazar mi demanda, de forma alterada por sustracción el texto (sic) literal de la norma legal que invocan, ya que el artículo 90 de la Ley Orgánica de Servicio Público se refiere al termino de impugnación de actos administrativos notificados, que no es mi caso*<sup>¼</sup>°. Lo transcrito evidencia que el recurrente considera que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación por el hecho de que el Tribunal de instancia no ha explicado el motivo por el cual ha contabilizado el término para la caducidad desde el último período reclamado, y porqué motivo no ha contabilizado dicho término desde la terminación de la relación laboral, agregando que la norma citada en la sentencia no corresponde a su caso en que no ha impugnado ningún acto administrativo.

Respecto a las acusaciones del recurrente es necesario señalar que el señor Fabrizio Ricardo Marcillo Morla planteó una acción de plena jurisdicción o subjetiva (fojas 149 a 157). El Precedente Jurisprudencial obligatorio aprobado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia con Resolución No. 13-2015, publicado en el primer suplemento del Registro Oficial No. 621 de 5 de noviembre de 2015, en el literal c) del artículo 1 dispone: <sup>a</sup> *La clase de recurso que se propone se determina únicamente*

por la pretensión que mueve al accionante para promover la acción: si ésta es la de defender directamente un derecho subjetivo violado o ejecutar el silencio administrativo, el recurso necesariamente será de carácter subjetivo, y corresponde al Tribunal así señalarlo, sin considerar la calificación que al mismo haya dado el proponente°. En cumplimiento de esta disposición, en el considerando cuarto de la sentencia impugnada el Tribunal de instancia calificó a la presente acción de plena jurisdicción o subjetiva. El accionante relata en su demanda que la ESPOL le ha despedido el 02 de marzo de 2018 y que hasta la fecha de presentación de la demanda (26 de junio de 2018) la ESPOL no le ha cancelado su liquidación, por lo que la pretensión del accionante fue que se ordene a la ESPOL el pago de su liquidación de haberes. Sobre el particular, el numeral 1 del artículo 326 dispone: *° Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: 1.- La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario°* (Lo resaltado nos corresponde). En la especie se debe considerar que la falta de pago por parte de la ESPOL de los rubros reclamados sería el hecho administrativo que presuntamente negó o desconoció el derecho subjetivo del accionante. Corresponde entonces determinar cuál es el término que el actor tenía para interponer su acción, considerando que en este caso específico lo que se impugna el hecho de que la ESPOL no le ha pagado los haberes a los que tenía derecho, el artículo 91 de la LOSEP dispone: *° Caducidad de derechos.- Los derechos a demandar contemplados en esta Ley a favor de la servidora y servidor público caducarán en el término de noventa días, contados desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro término especial para el efecto°* (Lo resaltado nos corresponde). La norma transcrita que regula la caducidad de la acción y que es aplicable al caso en concreto, es clara en determinar que el término de 90 días para interponer la demanda se cuenta a partir de la fecha en que los derechos pudieron hacerse efectivos. En este contexto, el Tribunal de esta Sala Especializada observa que en el considerando tercero de la sentencia recurrida de forma acertada el Tribunal de instancia manifiesta: *° Conforme se desprende de los documentos producidos en la audiencia, las horas adicionales que habrían sido trabajadas por el hoy actor se ejecutaron durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017, según el detalle que obra de fojas 145 a 148. Empero la demanda fue presentada el 26 de junio de 20018, es decir aproximadamente 6 meses después del último período reclamado, particular que resulta de trascendental importancia a fin de determinar la oportunidad de la acción¼°*. La forma en que el Tribunal de instancia ha considerado los tiempos para efectos de la caducidad es la adecuada, toda vez que ha determinado la fecha en que los derechos se pudieron hacer efectivos (años 2014, 2015, 2016 y 2017) y lo ha confrontado con la fecha de presentación de la demanda (26 de junio de 2018). En base a estas premisas el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión lógica de que la

demanda ha sido presentada de forma extemporánea, cuando la acción había caducado. El hecho de que en la sentencia recurrida se haya mencionado el artículo 90 de la LOSEP en lugar de haber citado el artículo 91 de ese mismo cuerpo legal, de ninguna manera convierte a la sentencia en inmotivada, más aún si consideramos que en ambas normas el término es el mismo (90 días). La pretensión del casacionista de que el término para la interposición de la demanda se cuente desde la fecha en que la ESPOL ha dado por terminada la relación contractual (02 de marzo de 2018), resulta improcedente toda vez que no existe norma jurídica alguna que ampare dicha pretensión, y por el hecho cierto e incontrovertible de que el derecho al pago de las horas extraordinarias no surgió el momento de la terminación de la relación contractual, sino que el derecho era exigible desde el mes siguiente a aquel en que dichas horas extraordinarias no hayan sido canceladas. Se devela entonces que el recurrente no ha logrado demostrar el vicio de derecho acusado, motivo por el cual se rechaza el recurso por este extremo.

**4.2.-** Con cargo al caso 1 del artículo 268 del COGEP el recurrente acusa a la sentencia de indebida aplicación del artículo 90 de la LOSEP. Es necesario recordar que el vicio de indebida aplicación implica un error de selección y se presenta cuando el juzgador ha entendido rectamente el sentido de la norma, pero la ha aplicado a un caso que no corresponde. En este evento el recurrente debe identificar cuál es la norma que debía ser aplicada al caso en concreto en reemplazo de aquella norma que ha sido indebidamente aplicada.

En la especie, el casacionista al fundamentar su recurso por este extremo, en el acápite IV.2.2.2 del escrito contentivo de su recurso, manifiesta: *“Con total arbitrariedad, el tribunal de única instancia sustenta su decisión en la cita diminuta, mutilada, de la norma legal (Art. 90 de la LOSEP=, consignando solo la parte que le ha convenido (1/4) alterando la norma procesal aplicada, omitiendo que se cuenta desde la notificación del acto administrativo, altera de esta forma, también las constancias procesales (1/4) Su razonamiento deviene entonces en ilógico por arbitrario, de forma que prescinde de su real contenido 1/4 °.* Lo transcrito evidencia que recurrente, lejos de demostrar que en la sentencia se ha aplicado una norma que no correspondía al caso, lo que ha hecho es argumentar que ha existido una errónea interpretación de dicha norma, al manifestar que al aplicar el artículo 90 de la LOSEP, el Tribunal de instancia ha alterado dicha norma y ha prescindido de su real contenido, tratando de demostrar que en la sentencia recurrida se ha interpretado erróneamente la forma de calcular el término para que opere la caducidad, lo que de ninguna manera se compadece con la naturaleza jurídica de la causal alegada, confundiendo de esta manera el vicio de indebida aplicación con el vicio de errónea interpretación. En lo referente a la norma que se debía aplicar al caso concreto en sustitución a la norma que se considera indebidamente aplicada, el en acápite IV.2.4. del recurso, el casacionista manifiesta: *“La decisión final resulta entonces abiertamente abusiva, porque se da a la*

*causa una sentencia que en pleno derecho no corresponde, dejando de aplicar el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, que contiene el principio de verdad procesal, puesto que se vulnerando (sic) de este modo, directamente la seguridad jurídica a que (sic) tenemos derecho los ciudadanos°.* Al respecto se debe recordar que la causal alegada por el recurrente es la contenida en el caso 1 del artículo 268 del COGEP que se refiere a la violación de norma de carácter procedimental; entonces, si el recurrente consideraba que en la sentencia recurrida se ha aplicado de forma indebida el artículo 90 de la LOSEP, lo que correspondía era que el casacionista identifique cuál es la norma de carácter procedimental que se debía aplicar en su reemplazo, más sin embargo, en el presente caso el recurrente se remite a principios generales del derecho, aplicable a todos los casos, como es el principio de verdad procesal y el de seguridad jurídica, omitiendo identificar la norma procedimental cuya violación haya acarreado la nulidad insubsanable del proceso, como correspondía bajo la causal alegada. Por lo demás, se verifica que el recurrente ha utilizado los mismos argumentos que ya fueron utilizados para fundamentar la otra causal alegada, referente al modo en que se debe contabilizar el término para que opere la caducidad, pretendiendo de esta manera conjugar o agrupar varios vicios y causales. Al respecto se debe señalar que las causales de casación y los vicios previstos en el artículo 268 del COGEP son autónomos e independientes ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí. Por tal motivo, cuando el vicio que se acusa se halla comprendido en una de las causales señaladas en el artículo 268 del COGEP, no puede utilizarse repetidamente el mismo argumento para acusar a la sentencia por otro vicio, previsto en una causal distinta, motivo por el cual se rechaza el recurso por este extremo.

## V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** a) Rechaza el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial de la representante legal de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL); b) Rechaza el recurso de casación planteado por el señor Fabrizio Ricardo Marcillo Morla; y, en tal virtud, no casa la sentencia dictada el 07 de octubre de 2019, a las 13h58, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil dentro del juicio No. 09802-2018-00545.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese y devuélvase.-**

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

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

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
**JUEZ NACIONAL**




129972519-DFE

Juicio No. 17741-2015-0927

**JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)****(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO****ADMINISTRATIVO.** Quito, miércoles 19 de agosto del 2020, las 14h21. **VISTOS:**

**1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **c)** mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. 17741-2015-0927 correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada y a la ponencia de la Jueza Nacional Cynthia María Guerrero Mosquera; **d)** la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 2281-SG-CNJ-ROG y No. 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y la resolución No. 187-2019 expedida por el Consejo de la Judicatura, dispuso que los Conjucees Nacionales doctores Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, se encarguen de los despachos de los jueces nacionales doctores Cynthia Guerrero Mosquera y Pablo Tinajero Delgado, respectivamente. En virtud de lo cual avocamos conocimiento de la presente causa, y encontrándose la misma en estado de resolver, para hacerlo se considera:

**2.- ANTECEDENTES:**

**2.1.-** Mediante sentencia de 08 de junio de 2015, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad Cuenca, resolvió: *“ acepta la demanda y declara nulo el acto administrativo constante en el oficio Nro. MINEDUC-DNTH-2014-00781-OF, del 24 de junio del 2014, suscrito por la Directora Nacional de Talento Humano del Ministerio de Educación; y, en aplicación de lo que dispone el artículo 11 numeral 3 y 5 y 426 de la Constitución de la República y por el derecho que le asiste a la actora en un Estado constitucional de derechos y justicia se dispone que en el término de 30 días el Ministerio de Educación pague la bonificación por jubilación constante en la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Ecuación Intercultural y artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público, con los intereses desde la citación con la demanda por mandato del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, para el cálculo se nombrará un perito° .*

**2.2.-** El Ministerio de Educación, a través de su abogado Byron Bolívar Barrera Berrezueta, autorizado dentro del presente proceso judicial y delegado de la Procuraduría General del Estado, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia referida en líneas anteriores, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

**2.3.-** Mediante auto de 24 de agosto de 2016, el Conjuce de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación presentado por la entidad pública, respecto a la



DOCUMENTO FIRMADO  
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por  
PATRICIO ADOLFO  
SECAIRA DURANGO  
C=ECUADOR  
O=QUITO  
C=QUITO  
20200419078

causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, exclusivamente por los siguientes yerros: falta de aplicación del artículo 108 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, de la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y del Instructivo para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y por Invalidez expedido por el Ministerio de Educación; y, por aplicación indebida de los numerales 3, 4 y 5 del artículo 11 de la Constitución de la República.

**3.- COMPETENCIA:** Este Tribunal de Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

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

**5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de la sentencia o auto materia del recurso por parte de 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 y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia. (*Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015*).

**6.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.-** Con dicho antecedente, ya en cuanto a lo medular de la presente impugnación, la resolución del recurso de casación propuesto está orientado a decidir si la sentencia expedida el 08 de junio de 2015, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, incurre en el cargo acusado, esto es, la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación: por falta de aplicación del artículo 108 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, de la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y del Instructivo para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y por Invalidez expedido por el Ministerio de Educación; y, por aplicación indebida de los numerales 3, 4 y 5 del artículo 11 de la Constitución de la República.

**7.- SOBRE LA CAUSAL ACUSADA POR LA ENTIDAD RECURRENTE:**

**7.1.- CAUSAL PRIMERA.-** Esta causal, contenida en el artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere a la

denominada violación directa de norma sustantiva o material, llamado por la doctrina como <sup>a</sup> vicio in iudicando<sup>o</sup>, causal que tiene el propósito de proteger la esencia y contenido de la norma de derecho, es por eso que recae sobre la pura aplicación del derecho, y se produce cuando el juez de instancia elige mal la norma ± falta de aplicación; utiliza una norma impertinente ± indebida aplicación; o, cuando se le atribuye a una norma de derecho un sentido equivocado ± errónea interpretación.

En la especie, la entidad recurrente, acusa el vicio de falta de aplicación, el cual se origina cuando hay omisión de normas legales, se ha prescindido de una disposición sustantiva de carácter preponderante para la resolución del litigio, es decir, se deja de lado el precepto jurídico apropiado para la decisión de la causa, que de haberlo incorporado conduciría a que la resolución fuese distinta, la falta de aplicación entraña la trascendencia de la norma que ha dejado de aplicarse. Por otra parte, el vicio de indebida aplicación también invocado por la entidad casacionista, se traduce en un error de selección de la norma, ocurre cuando el juez en el proceso intelectualivo de dictar sentencia subsume los hechos del caso concreto a un precepto legal diferente al que regula la relación jurídica sustancial.

**8.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:** La entidad recurrente con propósitos de fundamentar la causal invocada, en lo pertinente sostiene que: *“La Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación que en su párrafo segundo establece: “Las y los docentes que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos”, norma de derecho que claramente impone una doble necesidad: una el ser docente y la otra la necesidad de acogerse al beneficio de jubilación, pero que los señores jueces no la consideran ni aplican en su sentencia. (1/4) El artículo 108 (adjetiva) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, el cual expone: “La UATH establecerá los planes de retiro voluntario y de jubilación dentro de la planificación del talento humano, para el año en curso y el siguiente año del ejercicio fiscal, la que deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria. La o el servidor que desee acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización o cesación por jubilación deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos”, supuestos previstos en la norma que nuevamente imponen la necesidad de acogerse al beneficio por escrito y al ser un servidor activo. El Instructivo para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y por Invalidez, expedido por el Ministerio de Educación que se encuentra adjunto en autos del proceso, el cual establece el procedimiento a seguir para estos casos, en estricta armonía con lo previsto en las normas antes citadas y que en ninguna parte es cumplido por el accionante. Efectivamente las normas transcritas no son aplicadas por los jueces de la sala de este tribunal en la sentencia, pues únicamente se han limitado a enunciarlas pero no aplican al supuesto de hecho que ocurre en el presente caso pues incomprensiblemente en el numeral quinto de su sentencia expresan: “La actora como se evidencia del proceso sufre en el mes de noviembre de 2011, un problema de salud que le imposibilita continuar con sus labores por más de 25 años venía prestando el Ministerio de Educación, en un principio el IESS le reconocer una invalidez profesional de un año fojas 33 del proceso, y posteriormente con una nueva valoración se establece su invalidez definitiva 1/4”, todo lo cual es ratificado y manifestado expresamente por la actora, pues la ex docente nunca pone en conocimiento su jubilación definitiva en el tiempo oportuno, es decir, acorde a las normas transcritas cuando*

*era docente, tal como consta en el libelo de su demanda, en la página 2 en lo referente a los fundamentos de hecho, ya que indica que su petitorio recién lo generó el fecha 09 de junio de 2014 e ingresa el 12 de junio de 2014, esto cuando ya no era parte del Ministerio de Educación, por cuanto en fecha 04 de febrero de 2013 ya solicitó jubilación definitiva por invalidez, la cual es concedida desde el 01 de mayo de 2013, y consecuentemente se produce la separación de la institución, siendo así, los jueces sin mayor análisis debían aplicar las normas transcritas por ser pertinentes para este caso en particular y declarar sin lugar la demanda, ya que no se puede declarar un derecho sin haberse sujetado a los mínimos legales dispuestos en la ley de la materia, pues a pesar de la enfermedad que padece la accionante, ello no le exime de acogerse a los procedimientos establecidos para acceder a la compensación económica°.*

Sobre la indebida aplicación del artículo 11, numerales 3, 4 y 5 de la Constitución de la República, la entidad recurrente aduce que dichos preceptos: *“ hacen referencia a la plena vigencia y reconocimiento de los derechos y garantías jurisdiccionales, sin embargo, su aplicación para el presente caso está mal traída, pues en la parte dispositiva de la sentencia dictada por los Señores Jueces de la sala única del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca se manifiesta lo siguiente: “ ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA acepta la demanda y declara nulo el acto administrativo constante en el oficio Nro. MINEDUC-DNTH-2014-00783-OF, del 24 de junio de 2014, suscrito por el Director Nacional de Talento Humano del Ministerio de Educación; y, en aplicación de lo que dispone el artículo 11 numeral 3 y 5 y 426 de la Constitución de la República y dispone que en el término de 30 días el Ministerio de Educación pague la bonificación por jubilación constante en la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público°, es decir, establecen el pago de una compensación económica creada y regulada en normas de carácter secundario como son la Ley Orgánica de Servicio Público junto con sus Reglamentos respectivos, como expresamente se lo indica en la parte dispositiva; empero para su fundamentación se basa en el artículo 426 y el numeral 4 y 5 del artículo 11 de la Constitución de la República, los cuales hacen referencia única y exclusivamente a derechos y garantías constitucionales, mientras que este estímulo o compensación económica no tiene tal calidad, no solo por cuanto su vigencia y regulación data a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Servicio Público, sino por cuanto en ninguna parte de la Constitución de la República se reconoce como un derecho constitucional, siendo precisamente por ello, que estas normas citadas de la carta magna han sido indebidamente aplicadas por los señores jueces en la sentencia recurrida°.*

#### **9.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA ESTE TRIBUNAL PARA RESOLVER:**

La entidad recurrente con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación acusa que la sentencia impugnada ha incurrido en los yerros de falta e indebida aplicación de normas de derecho sustantivo, su tesis casacional se sujeta al hecho de que la actora al momento de presentar su petición para acceder a la compensación por jubilación, ya no tenía la calidad de servidora pública activa, puesto que previamente se acogió a la jubilación definitiva por invalidez otorgada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS; en tales circunstancias, la sentencia recurrida al declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, omitió

aplicar las disposiciones legales constantes en el artículo 108 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y el Instructivo para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y por Invalidez expedido por el Ministerio de Educación que establecen el procedimiento administrativo para acceder a la figura de compensación por jubilación; así mismo, el casacionista aduce que el fallo de instancia para fundamentar su resolución recurre a disposiciones constitucionales que no han previsto el derecho que se reclama, por lo que resultan indebidamente aplicados los numerales 3, 4 y 5 del artículo 11 de la Constitución de la República.

Con propósitos de evidenciar si se ha incurrido en los yerros de falta e indebida aplicación de las disposiciones enunciadas, es propicio remitirse al pronunciamiento emitido en la sentencia expedida el 08 de junio de 2015, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, que en lo concerniente a los argumentos de la impugnación que nos ocupa, en lo principal señaló: *“ ii) La actora impugna ante este Tribunal el acto administrativo constante en el oficio N.- MINEDUC-DNTH-2014-00781 del 24 de junio del 2014, suscrito por la ingeniera Evelyn Zapata Aguirre, Directora Nacional de Talento Humano del Ministerio de Educación que expresamente señala: “ En respuesta al documento N.- MINEDUC-AC-2014-08197 EXT de fecha 9 de junio del 2014, donde usted solicita el pago de la compensación por jubilación, al respecto le informo que los procesos de jubilación están ceñidos a cumplir formalidades de orden técnico y legal, por lo que los aspirantes al momento de solicitar este beneficio deben hallarse en servicio activo y contar en el distributivo de sueldos, para luego presentar la renuncia cuando esta Secretaría de Estado lo disponga y una vez que se cuente con la disponibilidad presupuestaria” (sic) iii) La actora como se evidencia del proceso sufre en el mes de noviembre del 2011, un problema de salud que le imposibilita continuar con sus labores que por más de 25 años venía prestando al Ministerio de Educación, en un principio el IESS le reconoce una invalidez profesional de un año fojas 33 del proceso, y posteriormente con una nueva valoración se establece su invalidez definitiva. Este hecho imprevisto hace que tenga que jubilarse del IESS, es decir no fue un hecho de voluntad de la actora el no poder continuar sus actividades laborales pues como se indica fue una situación ajena a su voluntad la que no le permitió seguir laborando. En circunstancias normales efectivamente se debería seguir el procedimiento establecido en el Reglamento a la Ley de Servicio Público y en el Instructivo del Ministerio de Educación que se dictó para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y Por Invalidez, sin embargo el ejercicio de un derecho no puede estar supeditado a exigencia infralegales. iv) El artículo 23 de la Ley de Servicio Público reconoce que son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos: n) “ No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos” El artículo 129 IBIDEM reconoce el beneficio por jubilación señalando que: “ Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total”. La Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural señala como estímulo para la jubilación de las y los docentes, “ el Estado les pagará por una sola vez las compensaciones económicas establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público para el efecto. Las y los docentes que se acojan a los beneficios de la jubilación,*

tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente, se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público° La Constitución de la República en el artículo 35 establece que: "Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado° La Constitución en el artículo 11 establece que: Numeral 3: "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento." Numeral 4: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales° Numeral 5: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia° Por todo lo señalado la Directora Nacional de Talento Humano del Ministerio de Educación, debió analizar las circunstancias especiales del pedido realizado por la hoy actora y en aplicación del artículo 426 de la Constitución que establece que los jueces y las autoridades administrativas aplicarán directamente las normas constitucionales aunque las partes no las invoquen, esto en concordancia con la aplicación del orden jerárquico de las normas contemplando en el artículo 425 de la Constitución debió en consideración a que pertenece a un grupo vulnerable y que existe el derecho a la bonificación por jubilación concederle el mismo, sin embargo no lo hizo. (1/4) SEXTA: Al dar contestación al pedido realizado por la hoy actora, la Directora Nacional de Talento Humano en su respuesta se limita a decir que "los procesos de jubilación están ceñidos a cumplir formalidades de orden técnico y legal, por lo que los aspirantes al momento de solicitar este beneficio deben hallarse en servicio activo y contar en el distributivo de sueldos, para luego presentar la renuncia cuando esta Secretaría de Estado lo disponga y una vez que se cuente con la disponibilidad presupuestaria° (sic) Esta respuesta a todas luces es inmotivada de acuerdo al artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución que ordena a que los actos administrativos tienen que ser motivados y señala que 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, reiteramos, en la respuesta dada por la administración no existe fundamentos de derecho pues no se cita ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano por ende no existe la correspondencia con los fundamentos de hecho, ni la pertinencia de su aplicación°.

La falta de aplicación entraña un error de existencia de la norma, vicio que involucra necesariamente que el precepto de derecho preponderante para resolver la controversia no ha sido considerado en la fundamentación de la sentencia, es así que se traduce en una violación directa de la ley; en tales circunstancias, como presupuesto

lógico para la configuración del yerro invocado, la norma de derecho no debe encontrarse aplicada en la sentencia recurrida. En el caso de la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural se verifica que la misma ha sido expresamente señalada en el considerando <sup>a</sup>QUINTO<sup>o</sup>, numerales iii) y iv) del fallo en cuestión, y es a partir de sus enunciados, que el Tribunal de instancia enfoca su análisis para explicar que en circunstancias normales debía considerarse irrestrictamente lo dispuesto en la antedicha disposición, en la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento, y en el Instructivo para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y por Invalidez del Ministerio de Educación; sin embargo, en el caso de la actora, se concluye que al haberse producido una separación especial, generada por su invalidez (primeramente temporal y luego definitiva), reconocida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad competente para ese efecto, por ser la encargada de hacer efectivos los beneficios propios del seguro universal obligatorio, según disponen los artículos 34 y 369 de la Constitución de la República, entre los cuales se encuentra precisamente la jubilación por invalidez, que es el seguro que cubre precisamente esa contingencia especial, la cual bajo ninguna circunstancia puede estimarse como una acción voluntaria o que pueda estar planificada por quien sufre el siniestro cubierto por el Seguro Social, como tampoco, mucho peor, el empleador puede regular, cuándo, cómo y quiénes pueden jubilarse por invalidez. Efectivamente, es indispensable diferenciar la jubilación por vejez, que se refiere al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios suficientes para obtener los beneficios de esa prestación del Seguro Social; caso en el cual es posible la planificación, salvo la circunstancia de que el empleado público cumpla los 70 años de edad, pues en ese caso cesa obligatoriamente en el cargo por mandato legal. De modo que, la jubilación por vejez no tiene relación con la condición de salud de quien voluntaria o legalmente se acoge a la prestación.

Lo expuesto, es diferente a lo que ocurre con la jubilación por invalidez aplicable al seguro general obligatorio, ya que esa prestación tiene relación directa con la salud del asegurado, independientemente de su edad y tiempos de aportación al IESS (solo se requieren cinco años de aportes mínimo), como es diferente también cuando la incapacidad para el trabajo se ha producido por riesgos del trabajo, como enfermedades profesionales o accidente de trabajo, siniestros cuyas contingencias están cubiertas por el IESS desde el primer momento de inicio del trabajo, independientemente de la edad y tiempo de aportes. Ninguna de estas formas de jubilación, pueden estar sujetas a planificación institucional pública alguna, no solo por aplicación elemental de las normas jurídicas, sino por concepción lógica básica, que se desprende del entendimiento de cada situación, el cual provoca pensar que la entidad pública no puede llegar al extremo de planificar qué empleados tienen derecho a invalidarse, discapacitarse, enfermarse o morir durante el tiempo que esa entidad determine; ello simplemente es un absurdo inaceptable para el pensamiento.

En este punto, es oportuno referirse a la reflexión del autor Tomás Ramón Fernández, en cuanto a que es necesario: *“<sup>1</sup>/<sub>4</sub> exigir a la administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de esas razones es algo que no sólo interesa la justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera. (<sup>1</sup>/<sub>4</sub>) juzgar a la administración contribuye a administrar mejor, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas*

*alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos*<sup>4°</sup>. (Tomás Ramón Fernández, <sup>a</sup>De la arbitrariedad de la Administración°, Madrid, Civitas, 1994, página 132).

En esa línea conceptual se ha pronunciado la sentencia impugnada, al considerar que ciertamente la falta de motivación del acto administrativo impugnado ha ocasionado la nulidad que se declara, pues advierte que: *La autoridad administrativa, como se indicó anteriormente, debió analizar las circunstancias del caso en particular y motivar su contestación, sin embargo, no lo hizo pues simplemente se limitó a decir que debe cumplir con ciertos requisitos que, en el caso en particular, se volvían de imposible cumplimiento limitándole el ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos y que fueron ya citados en este fallo. Por todo lo expuesto, sabiendo que el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución establece que el destino de los actos administrativos inmotivados es su nulidad*°.

De tal suerte, se ha evidenciado que no solo las disposiciones referidas han sido consideradas en la formación del criterio del juzgador de instancia, sino que además y lo que resulta fundamental en el debate casacional, es que su inclusión en el fallo no modificaría la resolución adoptada, toda vez que precisamente partiendo de su existencia y contenido normativo, el tribunal de instancia articula su decisión en el sentido de que debió considerarse la situación particular de la actora para permitirle el acceso al pago de la compensación por jubilación regulada en la LOSEP y su Reglamento. El hecho de que la referida fundamentación no coincida con el criterio de la entidad recurrente o no satisfaga sus intereses procesales, no es proposición suficiente para que prospere el recurso de casación. En torno a los postulados de procedencia del recurso extraordinario de casación, resulta propicio remitirse a la siguiente cita jurisprudencial: *“La casación no tiene por objeto principal enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, sino el de enmendar los errores de derecho cometidos en la sentencia impugnada*° . (Registro Oficial No. 23, 17 de febrero de 2003, página 24).

Consecuentemente, es evidente para esta Sala, que las apreciaciones realizadas en la sentencia materia del presente recurso de casación, respondieron a la realidad; esto es al hecho de que la jubilación por invalidez, en el caso de la actora del juicio de instancia, se produjo por cuanto el IESS calificó la situación de la asegurada a quien le confirió la jubilación por invalidez, hecho que provoca su separación definitiva del servicio público, con lo cual se genera el derecho a percibir la compensación que ha sido reconocida por el Tribunal Distrital de instancia, al retirar de la vida jurídica el acto administrativo impugnado.

Respecto de los vicios sobre la falta de aplicación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público y del Instructivo para la Cesación y Pago del Beneficio por Jubilación Obligatoria y por Invalidez, expedido por el Ministerio de Educación, sin especificar la disposición jurídica que habría sido infringida en la sentencia reprochada; la Sala debe establecer que el recurso de casación por este extremo no resulta procedente, por cuanto estas dos disposiciones no pertenecen al ámbito que establece la causal invocada que dice relación puntualmente a la violación directa de normas de derecho sustantivo, en las que se establecen derechos y obligaciones; distintas a las normas de orden adjetivo, que son las contenidas en las mencionadas

disposiciones jurídicas, las que establecen o instrumentan el procedimiento para hacer viable el cumplimiento de los derechos prevenidos en las normas sustantivas; por consiguiente, la causal primera, al estar limitada a infracciones específicas impide que distintas a las allí previstas puedan operar en ella.

Ahora bien, en lo relacionado a la indebida aplicación del artículo 11, numerales 3, 4 y 5 de la Constitución de la República, debe tenerse presente que la sentencia recurrida ha considerado que la ciudadana actora del juicio de instancia, tiene la condición de discapacidad por invalidez que tuvo una jubilación anticipada, situación que debía ser considerada, para permitírsele el acceso privilegiado a los beneficios económicos que ella reclama, al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución de la República que establece que: "Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado"; en perspectiva de esta garantía, la motivación de la sentencia impugnada, recurre al artículo 11 de la Constitución de la República que contiene los principios para el ejercicio de los derechos constitucionales, específicamente de los numerales 3, 4 y 5, normas que el recurrente acusa de indebidamente aplicadas pues sostiene que el estímulo o compensación económica no tiene la calidad de un derecho constitucional.

Al respecto, debe precisarse que el Tribunal de instancia no se refiere a la figura de compensación de jubilación como el derecho constitucional inobservado, sino como se señaló, la garantía invocada es el derecho de protección especial que les asiste a las personas con discapacidad ± artículo 35 de la Constitución de la República, a partir del cual desarrolla su pronunciamiento articulándolo con las disposiciones constantes en el artículo 11 ibídem; en consecuencia, en el esquema que el Tribunal Distrital ha planteado su análisis las disposiciones constitucionales en cuestión no resultan indebidamente aplicadas; son efectivamente aplicables al caso ya que se trata del alcance de principios constitucionales que constituyen, como dice la doctrina "mandatos de optimización" (R. Alexi), que cruzan como ejes a la aplicación de todas las normas de la Constitución y del ordenamiento jurídico inferior a ellas; por manera que, no se ha justificado en la especie la existencia del vicio denunciado.

**10.- DECISION:** Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, rechaza el recurso de casación propuesto por el Delegado del Ministerio de Educación y de la Procuraduría General del Estado; en consecuencia, **NO CASA** la sentencia expedida el 08 de junio de 2015 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, que ha sido materia de este recurso de casación. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas. **Notifíquese, publíquese y**

devuélvase.-

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

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO  
JUEZ NACIONAL (E)

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
JUEZ NACIONAL

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, miércoles 19 de agosto del 2020, las 14h21. **VISTOS:** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir con la sentencia de mayoría, realizo mi voto salvado en los siguientes términos: **1)** El Ministerio de Educación, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, sostiene en su recurso que se han infringido varias normas en la sentencia impugnada, y refiere la falta de aplicación de la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural que dispone: *“ Como estímulo para la jubilación de las y los docentes, el Estado les pagará por una sola vez las compensaciones económicas establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público para el efecto. Las y los docentes que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente, se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público.”* **2)** Manifiesta que dicha norma de derecho claramente impone una doble necesidad: una, la de ser docente; y, la otra, la necesidad de acogerse al beneficio a la jubilación. De la sentencia distrital impugnada así como del fallo de mayoría se desprende que la actora sufre en el mes de noviembre 2011 un problema de salud que le imposibilitaba continuar con sus labores en el Ministerio de Educación, y que en un principio el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, le reconoce una jubilación temporal de un año por invalidez (con el subsidio transitorio por el referido periodo de tiempo), y que al mantenerse su estado de incapacidad, finalmente con fecha 1 de mayo de 2013 se le otorga la jubilación definitiva por invalidez. Posteriormente, el 12 de junio de 2014 la actora realiza un petitorio al Ministerio de Educación para que se le conceda el pago de la compensación por jubilación. **3)** Por lo tanto, considero que para acceder al beneficio económico por jubilación, el servidor debe solicitarlo cuando se encontraba prestando sus servicios en la institución, como claramente lo establecen las normas respectivas, esto es, la norma sustantiva contemplada en la Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, así como el artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público; por lo que en el presente caso al haberse concedido la jubilación definitiva por invalidez el 1 de mayo de 2013, se debió presentar la solicitud de

acogerse a la compensación económica por jubilación a esa fecha, y no más de un año más tarde, a afectos de que se pueda cumplir con el trámite específico que establece la ley en estos casos, como es el registro en el plan de renuncias y la obtención de la disponibilidad presupuestaria. **Por tanto considero:** que se debería aceptar el recurso de casación propuesto, casar la sentencia impugnada y rechazar la demanda.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

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

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

DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
**JUEZ NACIONAL**



Ing. Hugo Del Pozo Barrezueta  
**DIRECTOR**

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

[www.registroficial.gob.ec](http://www.registroficial.gob.ec)

MG/PC

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.