EDICIÓN JURÍDICA

REGISTRO OFICIAL®
ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

RESOLUCIONES Y JUICIOS

J17741-2016-0615, J17811-2013-9969, J09802-2018-01038, J18803-2019-00060, J17741-2015-0924, J11804-2020-00033

Año II - Nº 472 - 81 páginas
Quito, miércoles 18 de noviembre de 2026

FUNCIÓN JUDICIAL

174927221-DFE

Juicio No. 17741-2016-0615 RESOLUCION N° 436-2022

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 12h21. **VISTOS:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa Nº. **17741-2016-0615**:

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

b) La organización de las salas especializadas que realizó el Pleno de este organismo mediante resolución Nº. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,

c)Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios Nº. 115-P-CNJ-2021 y 113- P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

1.2 Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 184 de la Constitución.

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

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

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

1.3 En este caso, el sorteo electrónico de 2 de junio de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido.

II. Antecedentes

2.1 Con fecha 19 de mayo de 2004, el señor Nelson Ramiro Checa Pilataxi propuso una acción contencioso administrativa en contra del Gerente General del Banco Central del Ecuador, con la pretensión de que en sentencia se declare la nulidad del acto administrativo que niega su reclamo con el que impugnó la supresión de su cargo, así como el acto que suprime su puesto de trabajo y partida presupuestaria No. 22080301-06EB1-26430, exigiendo además su reintegro laboral, pago de emolumentos, aportes patronales, intereses y multas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

2.2 Con sentencia de fecha 11 de abril de 2016, las 11h30, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito declaró sin lugar la demanda planteada y por ende la legalidad de los actos administrativos impugnados.

2.3 Con fecha 18 de abril de 2016, el accionante Nelson Ramiro Checa Pilataxi interpuso recurso de casación, invocando la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por la falta de aplicación de los artículos 29 de la Ley de Modernización del Estado, 65, 125 y 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

2.4 Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el conjuez nacional Javier Cordero López emitió el auto de admisión de recurso de fecha 11 de noviembre de 2020, las 10h37.

2.5 Una vez que se han solicitado los autos para resolver, corresponde a este tribunal la resolución de la causa al tenor de las consideraciones que siguen.

III. Validez procesal

3.1 Al presente recurso se le ha dado el trámite previsto por la ley de la materia. No se

observa del expediente circunstancia alguna que pueda viciar el proceso de nulidad. En consecuencia, se declara la validez del mismo.

IV. Análisis del recurso de casación interpuesto

4.1 El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; este recurso tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente.

4.2 El tratadista Humberto Fernández Vega, señala que: ª *El recurso de casación, en su base política y jurídica, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en esta misión, al ser ejercida por un mismo y sólo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad de interés público, el respeto de la ley, sobrepasa en importancia a aquella otra de orden privado, cual es la reparación de los agravios que se pueden inferir a las partes con las resoluciones violatorias de la leyº* . [Fernández Humberto, El recurso extraordinario de Casación Penal, Leyer Editorial, Bogotá - Colombia, pág. 79]

4.3 Por otra parte, la causal de casación establecida en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Casación contiene la llamada *violación directa* de la ley sustantiva o de la doctrina legal. Esta causal, que ha sido invocada por ambos recurrentes, se configura en tres supuestos:

1) *Falta de aplicación:* Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.
2) *Aplicación indebida:* Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido.
3) *Errónea interpretación:* Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al

interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

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

4.4 Con base en las precedentes consideraciones dogmáticas sobre la causal invocada, conviene señalar las disposiciones legales cuya falta de aplicación han sido acusadas por el casacionista, que son: artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado y artículos 65, 125 y 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Su tenor literal es el siguiente:

Ley de Modernización del Estado

ª Art. 29.- NOTIFICACIÓN.- Las autoridades administrativas comunicarán al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápida o expedito, siempre y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hechoº .

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

ª Art. 66.- VIGENCIA.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hechoº .

ª Art. 125.- Efectos. 1. Los actos administrativos o de simple administración de la

Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. 2. La eficacia está supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior o quedará suspendida cuando así lo exija el contenido del acto. 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personasº .

ª Art. 126.- Notificación. 1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente. 2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas; 3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. 4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificacionesº .

4.5 A continuación, corresponde reseñar los cargos que sustentan la invocación de las disposiciones jurídicas antes citadas. Así, el casacionista ha indicado lo siguiente:

4.5.1 Que en la consideración décima de la sentencia recurrida se establece con claridad la consecuencia de la falta de notificación de los actos administrativos, concluyendo que si no es notificado el acto administrativo, este no tiene plena

eficacia.

4.5.2 Que en su demanda sostiene que la ilegitimidad de los actos impugnados por falta de notificación, tanto así que debieron interponer una acción de hábeas data para ver si la autoridad les notificaba *ª los actos administrativos que le sirvieron de base y fundamento para suprimirº* su puesto de trabajo.

4.5.3 Que uno de los fundamentos expuestos en su demanda fue que los actos administrativos preparatorios de su desvinculación jamás le fueron notificados y por ende ª no tienen plena eficaciaº. A continuación señala los actos administrativos que a su criterio nunca le fueron notificados y carecen de eficacia.

4.5.4 Señaló el informe DRH-240-2004 de 4 de febrero de 2004 de la Unidad de Recursos humanos, que ª supuestamenteº contiene las razones técnicas, económicas y funcionales para que proceda su desvinculación. Si este acto no le fue notificado, carece de eficacia.

4.5.5 Señaló además la resolución del Directorio del Banco Central del Ecuador DBCE-158-D-BCE de 4 de febrero de 2004 que jamás le fue notificada y por tanto ª carece de eficaciaº.

4.5.6 Añade que tampoco le notificaron los actos administrativos provenientes de SENRES y Procuraduría General del Estado, de lo que da cuenta la consideración décima segunda de la sentencia recurrida, por lo que no tienen plena vigencia.

4.6 Los cargos del casacionista hacen referencia a cierta prueba documental proveniente del procedimiento administrativo. Al respecto, cabe recordar que la facultad de valoración probatoria en el recurso de casación se encuentra vedada y prohibida, debido a que los tribunales de instancia tienen soberanía para apreciar el acervo probatorio, siempre que no se muestre arbitrariedad o abuso en dicha valoración. Es por ello que, como acertadamente enseña nuestra jurisprudencia: ª *el juez de casación tiene limitados sus poderes y su actividad se restringe a revisar la sentencia impugnada solamente por las*

*causales que el recurrente invoque y por las razones jurídicas que exponga, pero no queda a su alcance la renovación del conjunto probatorio; pues este recurso por su carácter extraordinario generalmente apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*º [GJ Serie XVI No. 2, pág. 343].

4.7 Por tales consideraciones, esta Sala debe atenerse a las apreciaciones fácticas realizadas en la sentencia impugnada, y con base en ellas analizar los vicios *in iudicando* alegados por el recurrente. Como se reseña en el párr. 4.6.4, el casacionista hace referencia al ª informe DRH-240-2004º, sobre el cual se pronuncia la sentencia impugnada en los siguientes términos:

> *ª En este sentido es claro, que desde el año 2002 el Banco Central había realizado estudios sobre la estructura de puestos que concluyó con el análisis de las funciones con las que cada empleado colaboraba en los mismos, como consta en el informe DRH-0240-2004 de febrero 4 de 2004, emitido por la Directora de Recursos Humanos al Gerente General del Banco Central, que obra a fojas 21 a 33 del expediente administrativo.- Tómese en cuenta que este estudio es un acto preparatorio válido para en un futuro determinar la necesidad de suprimir puestos, como en efecto sucedió.- En dicho instrumento se menciona como política en el numeral 1 que es necesario reducir la ª población actualº en un rango entre el 29 % y 33%, y la masa salarial en al menos 30 %.- A reglón seguido se indica que también es necesario hacer un cambio en la relación de plazas de los procesos gobernadores y sustantivos y los habilitantes y de apoyo, conforme al cuadro que se hace constar.- De lo cual se colige que se definieron políticas claras respecto al proceso de supresión de partidas presupuestarias que son de orden técnico y funcional.- Sin embargo de ello, se indica que ª también se evaluará la necesidad de servicios y la eficiencia del personal de todo el personal que labora bajo contrato temporal, eventual, plazo fijo, de servicios personales por contrato y en general de todos los contratados bajo relación de dependencia.º .- Por tanto, no solo se hace un análisis técnico funcional de las razones para proceder a la supresión sino también de una evaluación de eficiencia del personal.- Este informe de 4 de febrero de 2004 es un acto de simple administración que no produce efectos directos en los administrados por ser un acto interno no susceptible de impugnaciónº .*

4.8 Por otra parte, el fallo recurrido también analiza otro de los medios probatorios referidos en la fundamentación del recurso (párr. **4.5.5**), la resolución del Directorio del Banco Central del Ecuador DBCE-158-D-BCE de 4 de febrero de 2004, análisis que se cita a continuación:

> *ª De ahí que, el Directorio del Banco Central del Ecuador expide la Resolución Në DBCE-158-D-BCE de febrero 4 de 2004, al amparo de la facultad conferida por la Ley de Régimen Monetario en sus artículos 87 y 88, literal c), a través de la que el Directorio del Banco Central expide las ª Políticas de Redimensionamiento, Distribución y Desvinculación del Personal del Banco Central del Ecuadorº en donde se recoge el informe emitido por la Directora de Recursos Humanos, Dra. Guadalupe Larrea, referente a los cambios requeridos para alcanzar los aspectos económicos, funcionales y técnicos que permitan el cambio de la institución a la luz de las nuevas condiciones.- Esta Resolución lo único que hace es viabilizar y materializar el proceso administrativo de supresión de partidas estableciendo los parámetros que permitirán hacer la selección de los puestos que serán suprimidosº*

4.9 Con base en las apreciaciones probatorias realizadas por el tribunal de origen, corresponde verificar la procedencia de los cargos invocados en el recurso que se atiende. Se acusa la falta de aplicación del artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado, acusando que los medios probatorios documentales antes citados no fueron notificados al accionante, y por ello carecen de eficacia, a criterio del recurrente, argumento que coincide con el cargo de falta de aplicación del artículo 66 del ERJAFE, que señala la obligación de notificar los actos administrativos. Del mismo modo, se alega la falta de aplicación de los artículos 125 y 126 del ERJAFE, los cuales refieren a la eficacia de los actos administrativos y de simple administración (125) y la manera en que se realizarán las notificaciones (126).

4.10 Por su parte, el tribunal de origen ha calificado a tales medios probatorios de distinta manera: a) al Informe DRH-0240-2004 de febrero 4 de 2004, como un acto de simple administración; b) a la resolución del Directorio del Banco Central del Ecuador DBCE-158-D-BCE de 4 de febrero de 2004 como un acto preparatorio; concluyendo posteriormente que no procedía su notificación.

4.11 Sobre los actos de simple administración, esta Sala ha indicado que: ª *En el derecho nacional, los informes podemos considerarlos como ejemplos de los denominados actos de simple administración, que a diferencia de los actos administrativos, no generan efectos directos e inmediatos sobre el administrado. En concreto, un informe administrativo contiene ª una declaración de juicio emitida por un órgano distinto de aquel a quien le corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento, y que sirve para aportar datos al expediente o comprobar los ya existentes en el mismoº* . [Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 17811-2013-0648. Sentencia 10 de febrero de 2022, las 09h48. *Párr*. 4.26]

4.12 Dada la descripción y valoración realizada por el tribunal *a quo*, el documento DRH-0240-2004 de febrero 4 de 2004 es en efecto un acto de simple administración, dado que es un informe emitido por un órgano distinto de aquel que tomó la decisión de supresión de puestos, y que aporta datos de carácter técnico sobre el talento humano institucional.

4.13 Por regla general, la eficacia de las actividades jurídicas de la Administración está supeditada a su publicidad, cuando estas generen efectos directos a los ciudadanos. Ergo, los actos administrativos ± al tener efectos directos e individuales ± serán eficaces una vez se realice su debida publicidad por medio de la notificación a los destinatarios de aquellos. Por su parte, los actos normativos ± al tener efectos directos y generales ± tendrán eficacia desde su publicación en el Registro Oficial o por medio de los canales que el ordenamiento jurídico habilite para ello. Desde luego, esta regla general admite excepciones establecidas normativamente. Como se puede observar, este ª aplazamiento de la eficaciaº más allá de la fecha de emisión de una actividad jurídica administrativa está relacionada con el efecto directo que sobre los administrados pueda tener el acto emitido.

4.14 A diferencia de los actos administrativos y los actos normativos, los informes administrativos ± considerados en nuestro derecho nacional como actos de simple administración ± carecen de efectos directos a los administrados, ya que contienen declaraciones que aportan información para la toma de decisiones, pero no comportan en sí misma resoluciones que afecten derechos o intereses legítimos. En similar sentido se ha

pronunciado esta Sala, que justamente al comentar el alcance del artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado, ha indicado lo siguiente:

> *ª Toda resolución administrativa es un acto administrativo de autoridad, pero existen actos administrativos que no revisten el carácter jurídico de verdaderas resoluciones administrativas. Son numerosos los casos en que la autoridad opina o solicita opinión, consulta o propone, investiga, constata o verifica hechos o situaciones. Todos son actos administrativos producidos por mandato legal y con determinadas consecuencias jurídicas, pero sin decidir ni resolver" (Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México D.F.- México, 2006, página 235). Manuel María Diez indica respecto de los actos preparatorios: "al lado de los actos administrativos que la administración dicta con objeto de crear derechos y obligaciones a favor o a cargo de los administrados, la administración pública dicta también una serie de medidas destinadas a regular su propio funcionamiento, a preparar sus decisiones o hacerlas conocer a terceros" (Derecho Administrativo, Tomo II, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires-Argentina, 1965, página 211). Se entiende por tanto, que los actos preparatorios no son resoluciones que se exterioricen, ya que preparan la emisión de los actos administrativos, razón por la que no se hallan regulados por el artículo 29 de la Ley de Modernización del Estadoº* . [Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Juicio No. 17741-2015-0224. Resolución No. 1042-2017 de fecha 21 de septiembre de 2017, las 14h48. R.O. Edición Especial Jurídica 96 de 1 de febrero de 2021]

4.15 En consecuencia, esta Sala coincide con el tribunal *a quo* al indicar que el Informe DRH-0240-2004 de febrero 4 de 2004 es un acto de simple administración, y dado que esta clase de actividad no genera efectos directos a los administrados, constituye un acto preparatorio de la voluntad administrativa que no está sujeto a las reglas de notificación para su eficacia. Por tal razón, en el análisis de dicha actividad no se verifica falta de aplicación de los artículos 29 de la Ley de Modernización ni tampoco de los artículos 66, 125 y 126 del ERJAFE.

4.16 En cuanto a la resolución del Directorio del Banco Central del Ecuador DBCE-158-D-BCE de 4 de febrero de 2004, el tribunal distrital de origen no lo califica expresamente como

un acto de simple administración, sino que indica que dicho instrumento recoge el informe de recursos humanos antes señalado para emitir "políticas" en materia de personal del Banco Central, y concluye que dicha resolución *ª lo único que hace es viabilizar y materializar el proceso de supresión de partidas estableciendo los parámetros que permitirán hacer la selección de puestos que serán suprimidosº* (*párr*. **4.9**).

4.17 De la reflexión probatoria y fáctica realizada por el tribunal *a quo*, al cual debe atenerse esta Sala de casación, se observa que la resolución del directorio del Banco Central del Ecuador comporta una decisión con efectos directos, ya que determina las políticas y los parámetros para elegir cuales puestos van a ser suprimidos. No obstante, dichos efectos no son individuales sino generales, ya que no está dirigido de manera específica a un servidor o servidores del Banco Central, determinado o determinable, sino que estatuye las reglas internas previas para ± posteriormente ± determinar quiénes serán sujetos del proceso de supresión. En consecuencia, la resolución DBCE-158-D-BCE de 4 de febrero de 2004 podría catalogarse como un acto normativo del referido banco público y, por tal consideración, se sujeta a un mecanismo de publicidad distinto de la notificación, conforme hemos expresado en el *párr*. **4.14**.

4.18 En consecuencia, la referida resolución no crea derechos, obligaciones o afecta de manera individualizada los derechos de un administrado o un grupo de administrados determinado y concreto, sino que es ± como bien señala la sentencia ± una decisión para viabilizar la ulterior decisión de suprimir puestos de trabajo en la entidad demandada. De tal modo que la Resolución DBCE-158-D-BCE de 4 de febrero de 2004 no requería para su eficacia la notificación a los administrados, siendo por tanto inaplicable a ella lo referido en el artículo 29 de la Ley de Modernización y en los artículos 66, 125 y 126 del ERJAFE.

4.19 Finalmente, el recurrente ha indicado que tampoco ha existido la notificación de actos emitidos por la entonces SENRES o la Procuraduría General del Estado, y a su criterio esto se desprende de la consideración décimo segunda del fallo recurrido, que indica:

> ª *DÉCIMO SEGUNDA.- Por otro lado, es menester hacer notar que la existencia de pronunciamientos por parte de SENRES y de la Procuraduría General del Estado,*

*durante el proceso de desvinculación, son elementos que ayudan a la inteligencia del proceso mas no son requisitos legalmente requeridos para la validez de este y sus consecuentes actos administrativos, como ya lo indicamos anteriormente*º .

4.20 Como se puede observar, el análisis realizado por el tribunal *a quo* es genérico, y no determina los caracteres de estos actos que ± según el recurrente ± constituyen actos administrativos. En ese contexto, para poder verificar la procedencia o no del cargo casacional que se atiende, esta Sala de Casación tendría que verificar cuáles son las referidas actuaciones de los entes mencionados, para lo cual debería revisar la prueba documental aportada al proceso, ejercicio que está vedado a esta Sala por la naturaleza nomofiláctica del recurso de casación y el alcance de la causal que se ha invocado. En consecuencia, dicho cargo no puede ser atendido.

4.21 Por las consideraciones precedentes, no pueden prosperar los cargos atribuidos a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se rechazan.

V. Decisión

5.1 En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **rechaza** el recurso de casación interpuesto por el señor Nelson Ramiro Checa Pilataxi y por lo tanto decide **no casar** la sentencia de fecha 11 de abril de 2016, las 11h30 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS
Validar únicamente con FirmaEC

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION N° 437-2022

Juicio No. 17811-2013-9969

174982785-DFE

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 16h38. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** El Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **c)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17811-2013-9969**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito expidió sentencia, dentro de la causa signada con el **No. 17811-2013-9969,** el 27 de abril de 2018, las 11h51, promovido por Danilo Guayasamín, como procurador común de los ciudadanos Katty Albán, Worman Andrade, María Bahamonde, María Cueva, Gladys Logacho, Neri Salazar, Mónica Vázquez, Byron Guevara, Ingrid Escobar, y Edith Guevara, en contra del Presidente del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (Ahora Servicio Nacional de Derechos Intelectuales) y del Procurador General del Estado; fallo en el cual, se decidió aceptar parcialmente la demanda, declarando ilegales las acciones de personal por las cuales fueron cesados, los accionantes, de las funciones que desempeñaban en la entidad demandada, disponiendo su restitución a los cargos de los que fueron separados.

2.2.- RECURSO: Los recursos de casación han sido propuestos tanto por la parte actora del juicio de instancia, como por la parte demandada, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (Antes IEPI).

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 13 de agosto de 2019, admitió los recursos de casación interpuestos:

a) Por la parte actora, respecto de las causales: **primera** del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación del artículo 175 del ERJAFE y falta de aplicación de los artículos; 90 y 92 de la LOSEP; y, por la

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

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

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

causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del literal b) del artículo 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

b) Por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) por la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 71 del ERJAFE y, por la causal **quinta** por estimar que la sentencia es contradictoria.

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

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia para arribar a la decisión descrita, en la parte considerativa de su sentencia, estimó principalmente que: Es improcedente la excepción de indebida conformación de la litis consorcio activa, porque los actores comparecen sosteniendo que sus derechos les han sido vulnerado a través del oficio No. 12-0480 P-IEPI de 08 de agosto de 2012, y sus acciones de personal individuales mediante los cuales se cesó en sus labores. *Desecha asimismo la excepción de* indebida acumulación de acciones, por cuanto se anuncia que los recurrentes afirman que se habría producido un silencio administrativo en su favor, lo que conllevaría a que se deje sin efecto el oficio mencionado.

ª OCTAVO.- *Entrando en análisis, se advierte que una de las pretensiones de los accionantes en su libelo es que se declare en sentencia que ha operado el silencio administrativo a su favor, por cuanto el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual no habría dado contestación dentro del término de 15 días que prevé la Ley de Modernización a la solicitud*

y reclamo presentado por los accionantes, con el objeto que se dejen sin efecto las acciones de personal mediante las cuales se los cesa en funciones, todas ellas de fecha 20 de abril de 2012. Ahora bien, revisados que han sido los recaudos procesales, se advierte lo siguiente: ***8.1.-*** *Como se dijo, con fecha 20 de abril de 2012 se han emitido por parte de la autoridad nominadora del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, las siguientes acciones de personal:* ***a)*** *0324962 (fojas 12) mediante la cual se cesa a Byron Ernesto Guevara Valdospinos;* ***b)*** *0324966 (fojas 13) mediante la cual se cesa a Washington Danilo Guayasamín Oña;* ***c)*** *0324953 (fojas 14) mediante la cual se cesa a Katty Lorena Albán Zamora;* ***d)*** *0324952 (fojas 15) mediante la cual se cesa a Worman Mesias Andrade Clavija;* ***e)*** *0324958 (fojas 16) mediante la cual se cesa a María Cecilia Bahamonde Sola;* ***f)*** *0324960 (fojas 17) mediante la cual se cesa a María Cecilia Cueva Muñoz;* ***g)*** *0324967 (fojas 18) mediante la cual se cesa a Gladys Yolanda Logacho Morales;* ***h)*** *0324972 (fojas 19) mediante la cual se cesa a Neri Margoth Salazar Andrade;* ***i)*** *0324973 (fojas 20) mediante la cual se cesa a Mónica Valvina Vásquez Lema;* ***j)*** *0324963 (fojas 21) mediante la cual se cesa a Edith Valeria Guevara Bolaños;* ***k)*** *0324961 (fojas 54) mediante la cual se cesa a Ingrid Vanessa Escobar Arboleda; todas ellas por compra de renuncia con indemnización; fundamentándose para ello en lo previsto en el literal k) del artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, y de acuerdo con lo prescrito en el Decreto Ejecutivo No. 813 del 07 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 489 del 12 de julio de 2011.* ***8.2.-*** *Con fecha 17 de mayo de 2012, los accionantes presentan reclamo administrativo (fojas 496 a 501) amparados en los artículos 109 y 137 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; así como en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador; y en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; con el objeto que se dejen sin efecto las acciones de personal referidas anteriormente.* ***8.3.-*** *Con fecha 21 de junio de 2012, el Procurador Común de los servidores cesados presenta ante el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual una solicitud (fojas 502) de certificación de la entidad pública en la que se indique que hasta la fecha de presentación de dicha solicitud no se ha notificado a los peticionarios con una respuesta expresa relacionada con la petición administrativa referida, amparado para ello en lo previsto en el artículo 12 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la*

Participación Ciudadana. 8.4.- Con fecha 08 de agosto de 2012, mediante oficio No. 12-0480 P-IEPI, el presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (fojas 1 a 5) niega la petición efectuada por los accionantes por considerarla improcedente. ***NOVENO.-*** *Conviene analizar entonces si se ha producido el silencio administrativo alegado por los accionantes, al respecto cabe señalar que la petición realizada el 17 de mayo de 2012 se amparó en lo previsto en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República, que reconoce como un derecho de libertad de las personas a: ©. dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo º . La Corte Constitucional del Ecuador respecto al núcleo principal de este derecho ha señalado que éste "...radica en la obligación de la autoridad de dar respuesta pronta y oportuna a la petición elevada, debiendo esta respuesta resolver el fondo del asunto cuestionado, ser clara, precisa y guardar estrecha relación con lo solicitado; la garantía de lo peticionado no implica el dar una respuesta favorable a lo solicitado ... " (sentencia No. 0895-09-EP, dentro del caso 035-11-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional, para el período de transición, por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 037-15-SEP-CC dentro del caso No. 0387-13- SEP de 11 de febrero de 2015). En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de petición se encuentra .desarrollado en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, esta norma establece la figura legal del silencio administrativo positivo como una forma de garantizar el efectivo goce del derecho de petición e igualmente determina los presupuestos para que éste opere en favor del administrado, y señala en la norma referida que, operará el silencio administrativo cuando han transcurrido quince días y la autoridad pública ante la cual se ha presentado la petición no lo ha resuelto. Por su parte la doctrina ha conceptualizado al derecho de petición de la siguiente manera: "El derecho de petición no solo tiene como propósito permitir a los administrados la posibilidad de recurrir ante la administración pública con sus petitorios, reclamos o recursos, sino que, además, tiene complementos indispensables sin los cuales aquella prerrogativa no tendría sentido racional alguno. Tales complementos se refieren a la obligación administrativa de responder de modo concreto las pretensiones de los administrados pero, además, dentro del tiempo debido y cumpliendo los procedimientos de rigor. Lo cual significa que es obligación del poder público decidir afirmativa o negativamente las peticiones o reclamos formulados al órgano*

competente" (Patricio Secaira Durango, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Primera Edición, Quito - Ecuador 2004, pág. 210). De lo anotado se advierte que el derecho de petición es una garantía elevada al rango constitucional, que obliga a los poderes públicos a contestar las peticiones efectuadas por los ciudadanos dentro de los términos legales establecidos para ello; y precisamente se obtiene un castigo normativo si no se contesta dentro de esos términos. En la especie, se advierte que el 17 de mayo de 2012, los accionantes en la presente causa, presentaron una petición dirigida al Presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual con la finalidad que se deje sin efecto las acciones de personal mediante las cuales se los cesó de sus funciones por compra de renuncia obligatoria. De los recaudos procesales se advierte que el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual no ha dado contestación dentro de los quince días que le ordena la norma citada a la petición efectuada, por lo que se habría producido el silencio administrativo. Ahora bien, corresponde analizar si es que ese silencio administrativo producido debe ser considerado como favorable para los accionantes; por lo que, previo a realizar dicho análisis, debemos referirnos a la institución del silencio administrativo positivo. Al respecto, se debe tener en consideración que - tanto la jurisprudencia, como la doctrina han desarrollado un sinnúmero de tesis sin que hasta el momento exista unanimidad en los criterios que envuelven al tema del silencio administrativo positivo; sin embargo de ello, este Tribunal considera que de acuerdo a las últimas tendencias y líneas jurisprudenciales adoptadas por la Corte Nacional de Justicia, el silencio administrativo es un proceso de conocimiento y no de ejecución; así se colige del criterio adoptad o en el Precedente Jurisprudencial Obligatorio contenido en la Resolución No. 13-2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento 621 de 05 de noviembre de 2015; que en su artículo 1 señala textualmente lo siguiente: "... 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 ... ". Al considerarse la ejecución del silencio administrativo como un recurso de carácter subjetivo, es evidente que la Corte Nacional de Justicia le ha dado la calidad de proceso de conocimiento, y en ese sentido se ha referido, en que, para el reconocimiento de que ha operado el silencio administrativo, se deben cumplir requisitos sustanciales y formales, por

lo tanto, para analizar dichos requisitos, necesariamente el proceso debe ser de conocimiento (resolución No. 622-2014 de fecha 14 de agosto de 2014, dentro del recurso de casación No. 249-2011; resolución No. 823-2014 de fecha 13 de noviembre de 2014, dentro del recurso de casación No. 255-2011). La jurisprudencia referida ha sostenido que respecto de los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo, debe ser regular; es decir, protegido jurídicamente por su presunción de legitimidad, y contra el cual no cabe vicio alguno; por cuanto, de existir algún vicio, de aquellos que la ley exige su nulidad, el acto debe ser considerado como irregular. No son regulares, por ejemplo, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la Ley (resolución de fecha 10 de septiembre de 2009, publicada en la Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 3020). Por ello que, a través del silencio administrativo, no se puede transformar lo que es ilícito en lícito; en ese sentido, es obligación de este Tribunal analizar que aquello que se pretendía obtener por efectos del silencio administrativo haya sido posible obtener de forma normal, que lo que se pretende conseguir con la petición no exceda de lo que se pudiese haber obtenido; y, que lo solicitado no se encuentre prohibido por norma expresa. En resumen se debe verificar lo siguiente: A) Que la petición haya sido realizada a la autoridad competente; B) Que haya sido presentada dentro de los plazos legales; y, C) Que la solicitud se encuentre amparada en la Ley, para de esa manera darle el efecto o no de silencio administrativo positivo. Sin embargo de lo anotado, existen varios casos sobre los cuales no se puede generar el efecto positivo del silencio administrativo, así entre otros, podemos citar el siguiente caso traído por la doctrina: "Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo, toda vez que, en este caso, es el propio administrado quien hace abandono del derecho, sea por desconocimiento de las vías legales que le asisten, por negligencia en su ejercicio o voluntad. No será entonces, a través de una petición extemporánea y de la falta de respuesta de la administración que ese derecho, fenecido por el ministerio de la ley quede restituido; pues claro está, que solamente la ley tiene la fuerza jurídica suficiente para restablecer un derecho extinto. Ni la administración ni los jueces pueden crear derechos o hacerlos renacer" (Patricio Secaira Durango, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Primera Edición, Quito - Ecuador 2004, pág. 215); este Tribunal comparte el criterio citado, puesto que, los administrados no pueden aprovecharse del

derecho de petición consagrado en el artículo 28 de la Ley de Modernización y 66 numeral 23 de la Constitución de la República, para hacer valer sus derechos subjetivos presuntamente vulnerados, cuando los términos legales hayan caducado para impugnar en sede administrativa o judicial el acto administrativo que presuntamente lo lesiona. ***DÉCIMO.*** *Ahora bien, este Tribunal debe analizar la petición efectuada por el accionante con el objeto de verificar que se cumplan con los requisitos señalados en el considerando anterior, y de esa manera establecer el efecto que debe darse al silencio administrativo producido; así tenemos que la petición realizada el 17 de mayo de 2012 al Presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (fojas 496 a 501) se concretaba a lo siguiente: "... solicitamos respetuosamente a su Autoridad que, mediante resolución que se sirva dictar para el efecto, disponga la nulidad de las acciones de personal a través de las cuales nos cesaron en nuestras funciones con la figura de la compra obligatoria de renuncias, ... ( ) ... Consecuentemente dispondrá nuestro reingreso al puesto de trabajo que veníamos desempeñando y al pago de las remuneraciones y demás haberes dejados de percibir desde nuestra nula cesantía hasta la fecha de nuestra efectiva reincorporación" ; las acciones de personal mediante las cuales el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual cesó en funciones a los accionantes fueron dictadas todas el 20 de abril de 2012; por lo que, los demandantes tenían la opción de recurrir dichos actos administrativos en sede administrativa dentro de los términos legales establecidos para ello; así tenemos que contaban con el plazo de quince días para interponer el recurso de reposición de conformidad con lo previsto en el artículo 175 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo que transcurrido ese plazo, y al no haberse recurrido en sede administrativa el acto administrativo ha adquirido la calidad de firmeza. La doctrina al tratar acerca de la firmeza del acto administrativo ha sostenido lo siguiente: "El concepto de firmeza administrativa es equivalente al que se utiliza para designar a las sentencias judiciales que, por no haber sido impugnadas en tiempo y forma, devienen igualmente firmes y no son ya susceptibles de recurso ordinario" (Ramón Parada, Derecho Administrativo II - Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa, Open Ediciones Universitarias S.L., Vigesimoprimera edición, Madrid 2014, pág. 38); por su parte, Dromi al referirse al acto firme manifiesta que dicho acto es: "... consecuencia del consentimiento de él o de la caducidad de la acción por expiración del plazo. El carácter definitivo firme del acto excluye la impugnación judicial, al paso que el carácter definitivo que causa estado es*

el único que habilita la impugnación judicial de las decisiones administrativas" (Roberto Dromi, Manual de Derecho Administrativo -Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires 1987, pág. 114). En ese mismo orden de ideas, Juan Carlos Benalcázar, cita a Garrido Falla y reproduce el siguiente texto: "... y si, finalmente transcurren los plazos para utilizar contra la misma cualquier tipo de recurso, debe entonces añadirse que nos encontramos ante un acto firme. Con esta última precisión obtenemos, pues, el concepto de firmeza: una resolución es firme cuando, aun siendo susceptible de recurso, éste no ha sido utilizado en tiempo y forma ... " (Juan Carlos Benalcázar, Derecho Procesal Administrativo, Andrade & Asociados, primera edición, Quito - Ecuador 2007, pág. 123); más adelante, y sobre la firmeza del acto administrativo, el referido autor reseña nuevamente a Garrido Falla, citando lo siguiente: "el principio de seguridad jurídica postula que los actos administrativos no pueden estar indefinidamente expuestos al riesgo de una revisión por vía de recurso especialmente en aquellos casos en que de dicho acto pueden haber surgido situaciones favorables a terceros"(ob. Cit. Pág. 123). De lo anotado se colige que las acciones de personal objeto del reclamo administrativo han adquirido firmeza al no haber sido recurridas en sede administrativa conforme lo establece el artículo 174 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y dentro de los plazos establecidos en el artículo 175 de la norma ibídem; por lo que no era procedente que luego de haber caducado su derecho a recurrir, el accionante haya presentado una "solicitud" o reclamo amparado en el derecho de petición (17 de mayo de 2012) para impugnar las acciones de personal. Aceptar tal pretensión violentaría la seguridad jurídica prescrita en el artículo 82 de la Constitución de la República, puesto que los términos establecidos en las normas correspondientes no pueden dejar de ser observados y valerse de otros mecanismos -como del derecho de petición- para reactivar la actividad administrativa pública. En virtud de lo expuesto, no se cumplen los presupuestos establecidos en los fallos dictados por la Corte Nacional de Justicia para que opere el silencio administrativo positivo en el presente caso.

DÉCIMO PRIMERO.- *Sin embargo de lo analizado en el considerando anterior respecto al silencio administrativo, de la lectura del libelo, y específicamente en el apartado denominado "ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO" (fojas 24), los accionantes también impugnan directamente a través de este proceso judicial las acciones de personal mediante las cuales el IEPI cesa en funciones a los demandantes, por compra de renuncia con indemnización; las cuales se encuentran fundamentadas en lo previsto en el literal k) del artículo 47 de la Ley*

Orgánica del Servicio Público, el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, y de acuerdo con lo prescrito en el Decreto Ejecutivo No. 813 del 07 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 489 del 12 de ju lio de 2011. Corresponde por lo tanto a este Tribunal analizar también tales acciones de personal con el objeto de determinar si han sido dictadas de conformidad a derecho. De fojas 12 a 21 y a fojas 54 constan las acciones de personal de fecha 20 de abril de 2012, respecto a las mismas, el doctor Efraín Pérez señala que: "La acción de personal expresa un acto de la administración institucional que manifiesta la voluntad de la autoridad competente, el registro y movimiento del desempeño burocrático, en los casos determinados en la norma respectiva" (Efraín Pérez, "Guía del Servicio Público. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2014. P. 69). En el caso que nos ocupa, con las acciones de personal impugnadas se cesó a los demandantes en varios puestos de trabajo del IEPI. Ahora bien, el literal k) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público a la que los accionantes, como servidores de la referida entidad pública IEPI, se encontraban amparados, a la letra prescribe: "La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: .... K) Por compra de renuncias con indemnización"; así mismo el Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el Registro Oficial No. 489 del 12 de julio de 2011, en su artículo 8 dispone lo siguiente: "a continuación del Art. 108 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público se añada el siguiente artículo innumerado "art ...(108.1) Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas. El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada mío de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo. Las servidoras o servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración. En el caso de la Provincia de Galápagos el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP. Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar. La compra de renuncias con indemnización no es

aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción: con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala de nivel jerárquico superiorº . En ese contexto, los artículos citados establecen que la cesación definitiva de funciones por compra de renuncia con indemnización procede siempre que la institución que pretenda aplicar dicha causal, establezca: a) Que se encuentre debidamente presupuestado el monto de las indemnizaciones a ser entregadas a las servidoras o servid ores cesados en funciones; b) Que la separación de las servidoras o servidores públicos de carrera en funciones se derive de un proceso de reestructuración, optimización o racionalización de la organización institucional y c) Que el monto de la indemnización que debe ser entregado a las servidoras o servidores públicos de carrera será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo. Por lo que, el cumplimiento de dichas exigencias hace viable la cesación de funciones de las o los servidores públicos de carrera, determinándose que esta causal de cesación no se opone ni transgrede norma legal alguna incluida la estabilidad laboral más aún cuando las o los servidores públicos al ser desvinculados reciben una indemnización económica. ***DÉCIMO SEGUNDO.-*** *En la especie, el Tribunal advierte que el IEPI al dar contestación a la demanda solamente ha adjuntado las acciones de personal mediante las cuales se cesó en funciones a los demandantes (fojas 44 a 54), sin que haya aportado al proceso documentación adicional para verificar que se haya cumplido con los presupuestos legales establecidos en el artículo 108 innumerado agregado al Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público. Cabe destacar que incluso los accionantes en su escrito de prueba de fecha 23 de julio de 2015, específicamente en el acápite VI (fojas 100 vta.), han requerido a la entidad pública IEPI que exhiba la documentación relacionada con el proceso que culminó con la emisión de las acciones de personal, diligencia que fue señalada en primer lugar para que se lleva a cabo el 25 de agosto de 2015, a las 09h00; la misma que no se pudo realizar en virtud del pedido de la entidad demandada de diferimiento (fojas 471), el cual fue aceptado por el Juez de sustanciación de la causa y que se volvió a señalar para el 26 de octubre de 2015, a las 09h00; diligencia a la que no asistió representante alguno de la entidad demandada conforme se advierte de la razón sentada por secretaría constante a fojas 473 de los autos. Por último y bajo prevenciones de ley, el Tribunal mediante auto de fecha 18 de octubre de*

2016 (fojas 481) señaló para el día 08 de diciembre de 2016, a las 10h30 con el objeto que se lleve a cabo la diligencia de exhibición de documentos, la cual no pudo realizarse por cuanto la entidad demandada solicitó nuevamente diferimiento de la misma a través de escrito de fecha 07 de diciembre de 2016 (fojas 482), diferimiento que fue aceptado por el Juez de sustanciación mediante decreto (fojas 483) y señalado nuevamente para que se la realice el 01 de febrero de 2017, a las 10h30; a la cual tampoco asistió la entidad demandada, evidenciándose la desidia y falta de lealtad procesal al haber solicitado en varias ocasiones el diferimiento de la diligencia de exhibición de documentos y no asistir a la misma. Así mismo, se aprecia que el Juez de sustanciación, con el objeto de contar con elementos probatorios para emitir su decisión, dispuso mediante decreto de fecha 02 de mayo de 2017 (fojas 491) se remita el expediente administrativo completo y debidamente foliado; disposición que fue cumplida mediante escrito de fecha 08 de mayo de 2017 y al cual se adjuntó documentación que consta de fojas 493 a 503, la que se ciñe a lo siguiente: a) Oficio No. 12-048 P-IEPI de fecha 08 de agosto de 2012; b) Reclamo administrativo o "petición" presentado por los accionantes de fecha 17 de mayo de 2012; e) Solicitud de certificación realizada por el procurador común de los accionantes de fecha 21 de junio de 2012; y, d) Boletín de notificación de reclamo administrativo de fecha 16 de agosto de 2012. De lo expuesto en este considerando se colige, que la entidad demandada, al no haber remitido el expediente administrativo que contenga la documentación que sirvió de sustento para la emisión de los actos administrativos impugnados, hace presumir a este Tribunal la inexistencia de dicho expediente administrativo, que sustente a su vez que se hayan cumplido con las exigencias legales previstas en el artículo 108 innumerado agregado al Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público para que proceda la figura de compra de renuncia con indemnización; esto es que: a) Se encuentre debidamente presupuestado el monto de las indemnizaciones a ser entregadas a las servidoras o servidores cesados en funciones; b) La separación de las servidoras o servidores públicos de carrera en funciones se derive de un proceso de reestructuración, optimización o racionalización de la organización institucional y e) El monto de la indemnización que debe ser entregado a las servidoras o servidores públicos de carrera será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo. Debe considerarse además, las consecuencias jurídicas establecidas en el inciso final del artículo 34 de la Ley

de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al no contar este Tribunal con el expediente administrativo ; y como se ha referido en este considerando, la entidad demandada no ha remitido la información correspondiente a cada una de las acciones de personal impugnadas que hagan presumir el cumplimiento de las normas relativas a la cesación de funciones por compra de renuncia con indemnización, lo cual deviene en la ilegalidad de las mismas, puesto que han sido emitidas sin cumplir con los requisitos tantas veces referidos anteriormente.

7. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS:

7.1 RECURSO PROMOVIDO POR LA PARTE ACTORA DEL JUICIO DE INSTANCIA: Los accionantes, por medio de su procurador común proponen recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada; habiéndose admitido el mismo, sobre las causales que a continuación se detalla:

7.1.1 La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, establece el denominado vicio de violación directa de norma sustantiva, cuando el auto o sentencia reprochada ha incurrido en:

> ª*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva*º .

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, *in iudicando jure*, de la sentencia o auto que se interpela, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva, en razón de que en dicha resolución judicial, no se *ª han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se* hallan *admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derechos sustantivo*º. (Andrade, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 182).

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

Afirma *Humberto Murcia Ballén* que, *ª Como lo ha anotado la doctrina el error in iudicando se produce en la inobservancia del deber que le asiste al juez al sentenciar secundum jus; de ahí que en tal supuesto de hable de*

error de juicio, o de yerro en la actividad intelectual realizada por el juez para la decisión del conflictoº (, La Casación en Colombia, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, Colombia, 2005, p.268). Efectivamente, la causal está destinada a estructurar los yerros en los que pueden incurrir los juzgadores al proferir sus autos o sentencias, en lo relacionado a la aplicación u omisión de las normas jurídicas usadas para dar solución a la controversia judicial; esto es para sus pronunciamientos de fondo. Cabe entonces analizar el recurso, en función de los yerros que se atribuyen a la sentencia atacada, que se refieren a:

Los yerros que estiman como afectadores de la validez de la sentencia recurrida son: **Indebida aplicación del artículo 175 del ERJAFE, que habría conducido a la falta de aplicación de los artículos 90 y 92 de la LOSEP**; yerros hermanados, sobre los cuales sustentan los casacionistas, conforme analiza el auto de admisión del recurso que, la sentencia en su considerando DÉCIMO, *ª que la impugnación administrativa presentada por los actores en contra de las acciones de personal con las que los cesa en funciones habría sido extemporánea por no haberse interpuesto dentro del término establecido en el artículo 175 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-, siendo en consecuencia improcedente pretender su aceptación tácita, pues el derecho a presentar tan solicitud habría precluido y los actos administrativos impugnados estarían firmes. El art. 175 del ERJAFE regula el término para la interposición del recurso de reposición, herramienta jurídica que nosotros NO empleamos en contra de las acciones de personal impugnadas. De otro lado, el artículo 90 de la Ley Orgánica del servicio público -LOSEP- , determina en su inciso final que ª Este derecho (el de demandar) podrá ejercitarlo la servidora o el servidor, sin perjuicio de requerir a la autoridad competente que la entidad pública revea el acto administrativo que lesiona sus derechosº prerrogativa esta que la puede ejercer hasta en un término de 90 días contados desde la notificación del acto administrativo, según se desprende del artículo 92 de la LOSEP, mecanismo legal que fue la que nosotros ejercimos consideramos que existe una indebida aplicación del artículo 175 del ERJAFE por parte de la sentencia recurrida, qué llevó A QUO a dejar de aplicar el artículo 90 y 92 de la LOSEP, normas que por principio de jerarquía y especialidad debían aplicarse en la sentencia recurrida, violación legal que a su vez derivó en que se concluya que nuestra petición administrativa sea tenida como inoportuna y por ende improcedente la aceptación tácita de ella, conforme se reclamó en nuestra demanda; evidenciando así lo determinante que fueron estas violaciones legales en la parte resolutiva del fallo. Si A quo hubiera aplicado el artículo 90 y 92 de la LOSEP, habría prevenido que el artículo 175 del ERJAFE no es pertinente en esta causa y por ende que nuestra petición era absolutamente oportuna, siendo procedente la aplicación del silencio administrativo positivo sobre ellaº .*

La aplicación indebida de una norma de derecho, implica un error de selección, y se presenta cuando el juzgador ha entendido correctamente el alcance y sentido de la norma, pero la ha utilizado para un caso que no es el que ella ha previsto; por ello, el primer presupuesto para la procedencia de este yerro es que el Tribunal de instancia haya aplicado dicha norma en la sentencia recurrida, para luego, explicar, con razonamiento lógico-jurídico las razones por las cuales la disposición infringida ha sido aplicada indebidamente; así como el por qué las normas que no han sido aplicadas eran las pertinentes para dirimir jurídicamente la controversia judicial y las razones por las cuales el juzgador omitió traer esas disposiciones de derecho para subsumirlas adecuadamente a los hechos determinados en el proceso.

El artículo 175 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a la letra dice:

ª Art. 175.- Plazos

1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de 15 días, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso - administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses.

3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso. Contra la resolución de un recurso de reposición podrá interponerse el recurso de apelación, o la acción contencioso - administrativa, a elección del recurrenteº .

El considerando al que se refieren los casacionistas, se refiere a que procesalmente no se ha justificado la ocurrencia del silencio administrativo positivo en favor de los administrados, en razón de que la impugnación administrativa formulada por ellos ha sido presentada extemporáneamente; esto es fuera de los tiempos previstos en la norma denunciada como infringida, la cual ha sido transcrita; norma que sin lugar a dudas no pertenece al ámbito del derecho material sino al derecho instrumental, toda vez que establece los tiempos dentro de los cuales es pertinente la formulación de los recursos en sede administrativa; consecuentemente, la norma del artículo 175 del ERJAFE, no es de aquellas a las que hace relación la causal que ha sido invocada.

En adición a ello debe señalar la Sala que, la causal primera determina como elemento determinante, que las partes procesales y, fundamentalmente, quien recurre, no tiene objeción alguna que realizar en torno a los hechos que han sido evidenciados por el juzgador como antecedentes fácticos que las pruebas han permitido establecerlos como verdad procesal; por consiguiente, en el presente caso, la sustentación del recurso, orienta la necesidad de que la Sala, deba recurrir a un nuevo análisis de los hechos para determinar la procedencia del recurso de casación; lo cual se encuentra prohibido en el recurso de casación.

Determinado que el yerro de indebida aplicación alegado, es improcedente, el cual venía hermanado de la falta de aplicación de los artículos 90 y 92 de la LOSEP, que por conducción se habrían generado por la indebida aplicación del artículo 175 del ERJAFE; la improcedencia de este yerro, impide ya que pueda analizarse aquél; en consecuencia se desestima por este extremo el recurso en análisis.

7.1.2 Sobre la **causal segunda** del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del literal b) del artículo 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, afirma el casacionista que en el proceso de instancia, así lo establece la sentencia, la entidad demandada no remitió el expediente administrativo, estableciéndose la existencia de violaciones al debido proceso en la emisión de las acciones de personal impugnadas; existiendo violaciones legales en el proceso de compra de renuncias con indemnización, aplicando incluso el artículo 34 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, que determina que en caso de que la autoridad demandada no remita el expediente administrativo, como es el caso, se estará a las afirmaciones del actor. Que acusan la falta de aplicación del artículo 59.b) de esa Ley, la cual, de haberse aplicado, habría conducido a la nulidad prevista en ella.

El yerro denunciado, esto es la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, establece como casos de

casación la:

ª Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmenteº .

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

Varios son los elementos que trae la norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen; a saber:

a) Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas. Es indispensable que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

b) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión. Nulidad o indefensión que deben ser debidamente sustentadas y demostradas; así:

Nulidad: El mismo autor (Tama, p.188), sobre esa nulidad expresa: *ª Por ello -dice la doctrina jurisprudencial- todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (..) debe hacer referencia a los artículos (..); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal..º* .

Lo dicho implica, como válida e indispensable fundamentación del recurso de casación, cuando se alega la existencia del vicio de nulidad, la necesidad de que se establezca cuál de las causas de nulidad está presente en la decisión judicial interpelada; los cuales solo están previstas en los artículos 346, 349, 1014 y 1064 del Código de Procedimiento Civil; el cual fue supletorio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según su artículo 77 y que estuvo vigente al tiempo en que fuera presentada la demanda.

Indefensión: La indefensión puede ser definida como aquel hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho a defenderse dentro de un proceso judicial. En este caso, la denuncia de indefensión, obliga a que la proposición jurídica completa, sea acompañada de las disposiciones que al efecto garantizan los derechos de defensa de las personas; como entre otras que están contenidas en la Constitución de la República: artículo 75 relativo al acceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, artículo 76 que contiene varias garantías al debido proceso; artículo 77; derechos que están desarrollados en varios cuerpos legales. A más de esas normas, será necesario que en el recurso de casación señale con claridad cuáles son los hechos o las omisiones que justificarían esa denuncia, remitiéndose igualmente a las normas jurídicas nacionales

o convencionales que determinen ese vicio.

c) Debe asimismo el casacionista, demostrar la gravedad de la transgresión, en la decisión tomada por el Juzgador de instancia; la cual opera condicionada a que esa nulidad no haya sido objeto de subsanación legal en el proceso.

De la revisión del recurso de casación interpuesto, esta Sala Especializada puede establecer que los recurrentes, no han establecido los hechos ni las normas jurídicas relacionadas a la nulidad o a la indefensión que habrían viciado la sentencia materia del recurso expedida por el Tribunal de instancia; como tampoco han argumentado sobre la gravedad de la transgresión a derechos, ni respecto a si la nulidad a la que se refiere la causal ha sido discutida y convalidada en instancia; elementos que, en la fundamentación son indispensables, para que el juzgador de casación pueda examinar y determinar si los casacionistas han comprobado el vicio y el yerro que denuncian como afectador de la legalidad de la decisión judicial que reprochan; lo cual conduce a establecer la deficiente fundamentación del recurso en examen, provocando su improcedencia sustancial.

7.2 RECURSO PROMOVIDO POR EL SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES (SENADI)

7.2.1 Por la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 71 del ERJAFE, aduciendo que esta norma establece que se requerirán informes o dictámenes cuando ello sea obligatorio; y que el Tribunal exigió que se adjunten documentos o informes que hagan presumir el cumplimiento de las normas relativas a la sección de funciones, situación que resulta imposible; que las normas relativas a la cesación de funciones no exigen informes o dictámenes para la emisión de las acciones de personal; transcribe el artículo 8 del Decreto Ejecutivo 813, afirmando que la norma que facultó a la entidad a emitir las acciones de personal ª que destituyeron a los funcionarios públicos, es la arriba citadaº, la cual en ninguna parte exige informes y dictámenes o información adicional.

En los párrafos anteriores, cuando la Sala ha analizado el recurso de casación interpuesto por la parte actora del juicio de instancia, respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se ha dejado establecido que esta contiene el denominado vicio *in iudicando jure*, que contiene los casos en los cuales se pueden producir yerros por infracciones de normas de derecho sustantivas; señalando además que la falta de aplicación de una norma implica que el juzgador deja de usar una norma de derecho material pertinente a los precedentes fácticos resultantes del proceso judicial.

La disposición denunciada como infringida dice:

ª Art. 71.- DICTAMENES E INFORMES.- Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo.

El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.

El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo - deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativaº .

La sentencia materia del recurso, en su considerando DÉCIMO SEGUNDO, deja establecido que la entidad pública demandada incumplió su obligación legal de remitir el expediente administrativo completo, y que

acompañó a su contestación a la demanda únicamente las acciones de personal por las cuales se cesó a los actores, sin que la Administración haya aportado al proceso documentación adicional para verificar el cumplimiento de los presupuestos jurídicos establecidos en el artículo 108 innumerado agregado al Reglamento de la LOSCCA; determinando además las varias disposiciones judiciales encaminadas a la presentación de la información documental requerida, las que no han sido cumplidas por la entidad demandada, ya que no ha remitido la documentación que sirvió de sustento para la emisión de los actos administrativos impugnados de compra de renuncia con indemnización que precisamente están contemplados en la norma reglamentaria citada. Establece el fallo que esa situación permite aplicar la norma contenida en el último inciso del artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativaº.

La disposición denunciada como infringida hace referencia únicamente a la necesidad de los informes dentro del procedimiento administrativo y de ninguna manera puede ser aplicada a las decisiones judiciales, dentro de un proceso contencioso administrativo cuya atribución es la de controlar la legalidad de las operaciones públicas que han sido impugnadas, siendo, el expediente administrativo COMPLETO, un instrumento fundamental para determinar si la Administración demandada ha cumplido con sus obligaciones jurídicas, es por ello que a este expediente se le estima como prueba preconstituida dinámica, cuya presentación es obligación sustancial en un proceso judicial de esta naturaleza; esa es la razón por la cual el precitado artículo 34, establece que la falta de cumplimiento de ese deber procesal, permite que el juzgador esté a las afirmaciones del actor; ello evita la arbitrariedad y la mala fe procesal de la parte responsable de constituir y mantener el expediente administrativo.

De lo dicho se establece que no se ha justificado que la norma que el casacionista denuncia como infringida haya sido la pertinente para dar solución jurídica a la controversia; a más de que tampoco se ha señalado cuál es la norma legal que ha sido aplicada indebidamente por el juzgador, ni la trascendencia del vicio que haya influido en la parte decisiva de la sentencia; lo cual determina la improcedencia del recurso por esta causal; la cual ha sido además propuesta con una pobrísima fundamentación de la entidad casacionista.

7.2.2 Por la causal **quinta** por estimar, en lo sustancial que la sentencia es contradictoria; puesto que la parte expositiva y la considerativa, no guarda relación con la parte resolutiva.

La causal invocada establece que una sentencia puede ser objeto de casación, de acuerdo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación:

ª Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatiblesº .

Los precedentes judiciales relacionados a esta causal nos dicen que: ªEste vicio es de error de lógica, y tiene lugar cuando en la parte resolutiva 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 todasº (Registro Oficial No. 27-29 de febrero de 2000, pág. 27).

En efecto, si se atiende la causal quinta, esta de modo claro e irrefutable establece que es procedente la casación en el evento de que la decisión judicial atacada, en su parte dispositiva adopta decisiones que son incompatibles o contradictorias; lo cual solo es posible cuando la parte resolutiva del auto o la sentencia dispongan positivamente algo y, a la vez, ordenen negativamente lo mismo; situación que genera un efecto de destrucción recíproca de esas órdenes, lo cual hace que la disposición judicial no pueda cumplirse. En el caso, al revisarse la

sentencia, se encuentra que en ella se acepta parcialmente la demanda, se declara la ilegalidad de los actos administrativos impugnados y se dispone que los accionantes sean reintegrados a los puestos de trabajo de los que fueron separados o a otros de similar categoría y remuneración; debiendo los accionantes devolver los valores que pudieron haber recibido como indemnizaciones por compra de renuncia. Decisión que tiene una sola dirección, sin que en ella pueda encontrarse contradicción o incompatibilidad alguna; elementos suficientes que permiten determinar la improcedencia del recuso, respecto de esta causal

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechaza los recursos de casación interpuestos por los accionantes del juicio de instancia y por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (antes IEPI), consecuentemente, **NO CASA**, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 27 de abril de 2018. Sin costas.- Actúe la Dra. Ivonne Marlene Guamaní León, según acción personal No. 1040-DNTH-2021-OQ **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.-

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS
Validar únicamente con FirmaEC

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 09802-2018-01038 RESOLUCION N° 438-2022

174949907-DFE

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 14h42. **VISTOS: AVOCO: PRIMERO.-** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **b)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021; **c)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **d)** Mediante el sorteo pertinente, correspondió el conocimiento del presente juicio, signado con el **No. 09802-2018-01038**, a esta Sala Especializada, del cual avocamos conocimiento; y, encontrándose en estado de dictar sentencia, para hacerlo se considera:

SEGUNDO: ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, expidió sentencia, dentro de esta causa signada con el No. **09802-2018-01038,** el 8 de septiembre de 2020, las 08h43, promovido por el ciudadano DAVID JULIO CESAR ENCALADA ORELLANA, en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO y PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la cual se ha decidido aceptar la demanda propuesta, declarando la ilegalidad y nulidad de los actos administrativos impugnados.

2.2.- RECURSO: La Contraloría General del Estado, parte demandada en el juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundado en el caso segundo

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

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

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

previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de motivación de la sentencia recurrida y caso por el caso cuarto relativo al vicio de falta de aplicación del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 10 de noviembre de 2020, las 09h51, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP. Corresponde señalar que la audiencia de sustentación del recurso de casación se realizó el día lunes 28 de marzo de 2021 a partir de las 15h00, conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; diligencia en la cual intervinieron las partes y se generó el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

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

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

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

*ª **CUARTO:** De fojas 922 a 925 obra la resolución N° 8047 de fecha 31 de mayo de 2016, notificada el 15 de septiembre de 2016, en cuya parte pertinente se afirma que la responsabilidad acusada es de naturaleza solidaria, junto con el contratista GRISALE S.A. y otro ciudadano. De forma concreta, la conducta irregular consistiría en la aprobación de planillas de avance de obra y diferencia de cantidades que presentó la entonces contratista, sin realizar un control adecuado sobre el ancho del camino vecinal Recinto La Libertad, La Zoilita, Banco de Jaboncillo, La Primavera, del cantón Salitre, provincia de Guayas, lo que a su vez generó pagos en exceso. Por lo que corresponde al Tribunal verificar el criterio asumido por la entidad para sustentar dichas afirmaciones pues, en los descargos presentados por el hoy accionante se ha afirmado la existencia de los documentos que prueban lo contrario. **QUINTO:** De fojas 727 del cuaderno judicial, equivalente a la 4549 del expediente administrativo, se encuentra el oficio N° DEO # 27-03-2010 del 18 de enero de 2010, suscrito por el ingeniero David Encalada Orellana, dirigido al ingeniero Edward Lamadrid L., Director de Planificación del Gobierno Provincial del Guayas, en el que expresa lo siguiente: ª ¼ revisada la topografía inicial, para conformar el muro se tendrá que ejecutar el movimiento de tierra de una considerable cantidad de más, aproximadamente 55.120 m3 de material de préstamo local, el cual será colocado en capas para conformar el Muro Terraplén objeto de este contrato, cuyo monto aproximado es 118.508 USD, siendo el 24,9% de incremento del monto del contrato. En consecuencia pongo en consideración de su dirección para que el contratista cumpla a cabalidad con el objeto de dicho contrato. Pongo en su conocimiento para los fines técnicos y legales correspondientes.º , documento que permite concluir que el entonces fiscalizador sí puso en conocimiento oportuno del funcionario competente la novedad relacionada con el incremento de la cantidad del material necesario para el cumplimiento del contrato, y de cuyo texto se confirma que constituyó una sugerencia para solventar o superar una condición sobreviniente, que no fue contemplada al momento de suscribir el contrato N° O-OBR-322-2009-X-0. **SEXTO:** De fojas 731 a 734 del cuaderno judicial, equivalente a la 4553 hasta la 4556 del expediente administrativo, se encuentra el Acta de Diferencia de Cantidades de Obra del contrato N° O-OBR-322-2009-X-0 del 11 de junio de 2010, suscrita por el Prefecto Provincial de Guayas, el Procurador Síndico, y la compañía GRISALE S.A., entre cuyos antecedentes ha sido mencionado el documento referido en el ordinal anterior de este pronunciamiento judicial, así como la secuencia documental interna que fue promovida por la institución, como el caso de: **6.1)** Oficio N° 218-EAT-2010 del 6 de abril de 2010, elaborado por el Jefe de Estudios Viales, que precisa en la parte pertinente lo siguiente: ª ¼ Por consiguiente, se trata de un caso de excedente de obra para cuya*

*realización se debe obtener la aprobación del Señor Prefecto, por lo tanto acompaño un modelo de acta que se puede utilizar para perfeccionar el acto administrativo legalº , **6.2)** Oficio N° 1018-DIPLAN-2010 del 8 de abril de 2010, elaborado por el Director de Planificación y Desarrollo, que precisa en la parte pertinente lo siguiente: ª ¼ Por lo antes expuesto, cumplo en solicitar a usted, salvo su mejor criterio autorice al departamento respectivo proceda con la elaboración del Acta de Excedente de Obra.º , **6.3)** Oficio N° 03117-JJV-GPG-2010 del 13 de abril de 2010, elaborado por el Prefecto Provincial del Guayas, de cuyo texto se concluye que dispone al Procurador Síndico viabilizar lo requerido por los funcionarios anteriormente indicados, **6.4)** Oficio N° 1132-DF-MGB del 1 de junio de 2010, elaborado por el Director Financiero, en el que indica la existencia de la certificación presupuestaria respectiva. **SEPTIMO:** En mérito de los documentos precisados, para el Tribunal no resiste lógica la afirmación constante en la resolución N° 8047 al determinar la obligación principal en contra de GRISALE S.A.: ª El incremento del ancho del camino vecinal, que no contó con la autorización del Administrador del contrato, ni con la aprobación de autoridad competente, fue la causa para que se incremente las cantidades de obra¼º , pues resulta obvio que la entidad auditada, Prefectura de Guayas, efectuó todos los pasos para analizar y regularizar la solicitud del entonces fiscalizador, hoy actor, y que debieron ser analizados por el equipo auditor, empero el acto administrativo confirmatorio de la responsabilidad nada afirma al respecto, lo cual implica que su motivación no obedece a la realidad documental que se ha aportado durante el presente juicio. El argumento de la entidad para desconocer los descargos del ingeniero DAVID JULIO CESAR ENCALADA ORELLANA es que los documentos aportados por él se encontraban en copias simples de fojas 4571 a 4743, mas los detectados por los suscritos juzgadores se encuentran de fojas 4549 a 4556, según la foliatura que la misma entidad accionada ha aportado de su expediente administrativo, y por lógica meridiana, como ya lo hemos indicado, contradicen la supuesta falta de autorización o aprobación del Administrador del contrato o de la autoridad competente para viabilizar el incremento necesario para la ejecución de la obra. Luego, en aplicación del aforismo ACCESIO CEDIT PRINCIPALI, en derecho lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al no existir fundamento para la glosa principal, tampoco puede sostenerse la responsabilidad solidaria. **OCTAVO:** De fojas 360 en adelante del cuaderno judicial, consta el examen especial N° DAPyA-0030-2014 realizado a los procesos de contratación y ejecución de varios proyectos a cargo del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas desde el 1 de marzo de 2009 hasta el 30 de agosto de 2012, y específicamente a partir de la foja 426 se encuentra la descripción de las observaciones efectuadas alrededor del contrato N° O-*

*OBR-322-2009-X-0 suscrito con GRISALE S.A., entre las que el Tribunal no evidencia la descripción de la metodología aplicada por el equipo auditor, quien en la parte pertinente describe lo siguiente: ª ¼De la verificación física realizada por el equipo de control conjuntamente con el fiscalizador contratado y el representante de la compañía GRISALE S.A., **se observó** que el camino vecinal tienen en promedio 11 metros de ancho y 2,90 metros de altura, a pesar de que en el perfil del proyecto, se considera de 6,50 metros de ancho con una altura variable¼º, (el resaltado fuera del original), y posteriormente refiere unos cálculos en base a mediciones, de manera que la afirmación del hoy actor, entonces fiscalizador, no ha sido contradicha por el órgano de control a lo largo de este juicio pues, ha reiterado que, en dicha diligencia, no fueron utilizados equipos de topografía, ni se efectuaron gestiones propias de la materia de ingeniería, para concluir inequívocamente lo afirmado por el equipo de control, quien apenas describe haber observado la obra construida, v.g., lo que habría ocurrido por lo menos 2 años después de que ésta fue culminada. Es necesario aclarar en esta parte que el expediente administrativo incorporado por la entidad accionada no describe en ningún documento el procedimiento efectivamente realizado durante la diligencia de observación antedicha. Por otro lado, este informe describe la existencia del acta de entrega recepción definitiva, firmada el 22 de octubre de 2011, y que no describe irregularidades. Por ello, al realizar el examen de legalidad y tutela de derechos determinado en el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, no puede el Tribunal confirmar que los funcionarios del equipo auditor hayan efectuado una labor prolija, ya que, según ha sido recogido en el mismo examen especial, además del vicio ya identificado, éste se realiza con la intervención de funcionarios de la entidad auditada en los cargos que estuvieron ocupados por otras personas durante la ejecución de los contratos, de manera que los nuevos no tienen la suficiencia documental para confirmar los supuestos hallazgos del equipo auditor. Todo lo cual permite concluir que la afirmación sobre la supuesta falta de idoneidad en el trabajo del entonces fiscalizador, hoy actor, es ligera. (¼) **DECIMO:** En cuanto a la figura de solidaridad que ha sido escogida por la entidad accionada para determinar la responsabilidad civil en contra del ingeniero David Julio César Encalada Orellana, el Art. 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece lo siguiente: ª Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine.º, es decir para que se configure la solidaridad, deben materializarse como supuestos los siguientes: En primer lugar, que más de una persona participe en la omisión, y en segundo lugar, que ellas sean coautoras del hecho, de manera que, en la especie, el mencionado ciudadano cumplía una función de*

fiscalizador con atribuciones específicas que no eran susceptibles de ser compartidas con ningún otro sujeto que interviene en la relación contractual ni administrativa. Ciertamente sobre él recayó, en síntesis, la obligación de supervisar que los trabajos se efectúen adecuadamente conforme la ley, el contrato y las buenas prácticas de ingeniería, así como la aprobación de planillas, pero no más de eso, es decir: ni la ejecución propiamente dicha de los trabajos (que correspondió al contratista), ni la gestión documental para el pago (que correspondió al administrador del contrato), ni el pago per sé (que correspondió a otros funcionarios públicos, y que, v.g., no han sido vinculados por la entidad accionada), ergo no se ha configurado la COAUTORIA determinada por el legislador ya que cada sujeto involucrado realizó una tarea diferente. ***UNDECIMO:*** *Estos vicios constituyen manifiestos errores de hecho, y existían al momento en que fue presentado el recurso de revisión con fecha 10 de noviembre de 2016, fojas 926 a 930, por lo tanto la causa sí se encontraba inmersa en la causal descrita en el numeral 1 del artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sin embargo, no fueron considerados por la autoridad accionada, permitiendo que alcance estado un pronunciamiento administrativo que no es fiel con la realidad que ha demostrado el accionante en este juicio*[º] .

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:

7.1. SOBRE EL CASO SEGUNDO POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.- El casacionista asegura que el fallo recurrido, no cumple con los requisitos de razonabilidad y lógica, porque, no observó lo estipulado en la Norma de Control Interno 408-1 9, que dispone entre las funciones de los fiscalizadores, verificar la exactitud de las cantidades incluidas en las planillas presentadas por el contratista; calcular los reajustes correspondientes a esas planillas, comparando la obra realizada, con la que debía ser ejecutada de acuerdo con el programa de trabajo autorizado.

[a] También se debe observar que la sentencia recurrida al momento de razonar sobre la responsabilidad solidaria contemplada en el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, **hace interpretaciones que resultan arbitrarias** (¼)El análisis del tribunal es totalmente apartado de la naturaleza y objetivo de la normativa, así como se evidencia una manipulación de los hechos para imponer un criterio desacertado, ya que, por una parte, se acepta que el fiscalizador tiene la responsabilidad de verificar y aprobar las cantidades de los rubros planillados que debieron estar previamente aprobados, pero el Tribunal lo aparta de la responsabilidad solidaria que

tiene sobre el pago que realiza la institución de manera ilegal a causa de dicha aprobación, con rubros que no corresponden a la realidad de la ejecución de un contrato o peor aún que no contenían un documento debidamente aprobado, tal como lo que evidencié el equipo de auditoría, cuando observa que no existió el acta de incremento de rubros, debidamente suscrito por las partes, siendo este documento el único que acredite la legalidad de los rubros incrementados y pagados. Evidentemente que, en la sentencia el Tribunal realiza un análisis normativo apartado de su naturaleza y objetivo, y acomoda las actuaciones del administrado minimizando la real importancia de las actuaciones del fiscalizador al momento de aprobar planillas con rubros incrementados que no estaban legalmente autorizados por la institución, y que debido a este error se realizaron pagos que no correspondían a la compañía GRISALE SA. El fallo no tiene el requisito de LÓGICA, ya que, en el numeral séptimo, el Tribunal narra una serie de documentos, que los valora y relaciona como medios de prueba a favor del accionante, pero no analiza que todos estos documentos son de mero trámite y no constituye el instrumento legal que avale el pago de los rubros incrementados y aprobados en las planillas suscritas por el Fiscalizador del contrato O-OBR-322-2009- X-0, el Tribunal (¼) ha establecido: Como premisa fáctica: que, a fojas 731 a 734 del cuaderno judicial, equivalente a la 4553 hasta la 4556 del expediente administrativo, se encuentra el Acta de Diferencia de Cantidades de Obra del contrato N° O-OBR-322-2009-X-0 del 11 de junio de 2010, suscrita por el Prefecto Provincial de Guayas, el Procurador Sindico, y la compañía GRISALE SA., entre cuyos antecedentes ha sido mencionado el documento referido en el ordinal anterior de este pronunciamiento judicial, así como la secuencia documental interna que fue promovida por la institución, como el caso de: 6.1) Oficio N° 218-EAT- 2010 del 6 de abril de 2010, elaborado por el Jefe de Estudios Viales, que precisa en la parte pertinente lo siguiente: ª. . Por consiguiente, se trata de un caso de excedente de obra para cuya realización se debe obtener la aprobación del Señor Prefecto, porto tanto acompaño un modelo de acta que se puede utilizar para perfeccionar el acto administrativo legalº, 6.2) Oficio N° 1018-DIPLAN-2010 del 8 de abril de 2010, elaborado por el Director de Planificación y Desarrollo, que precisa en la parte pertinente losiguiente: ª...Por lo antes expuesto, cumplo en solicitar a usted, salvo su mejor criterio autorice al departamento respectivo proceda con la elaboración del Acta de Excedente de Obra.º, 6.3) Oficio N°031 17-JJV-GPG-2010 del 13 de abril de 2010, elaborado por el Prefecto Provincial del Guayas, de cuyo texto se concluye que dispone al Procurador Síndico viabilizar lo requerido por los funcionarios anteriormente indicados, 6.4) Oficio N° 1132-DF-MGB del 1 de junio de 2010, elaborado por el Director Financiero, en el que indica la existencia de la certificación presupuestaria respectiva. SEPTIMO: En mérito de los documentos precisados, para el

Tribunal no resiste lógica la afirmación constante en la resolución N° 8047 al determinar la obligación principal en contra de GRISALE SA.: ªEl incremento del ancho del camino vecina4 que no contó con la autorización del Administrador del contrato, ni con la aprobación de autoridad competente, fue la causa para que se incremente las cantidades de obra , pues resulta obvio que la entidad auditada, Prefectura de Guayas, efectuó todos los pasos para analizar y regularizar la solicitud del entonces fiscalizador, hoy actor, y que debieron ser analizados por el equipo auditor, empero el acto administrativo confirmatorio de la responsabilidad nada afirma al respecto, lo cual implica que su motivación no obedece a la realidad documental que se ha aportado durante el presente juicio. El argumento de la entidad para desconocer los descargos del ingeniero DAVID JULIO CESAR ENCALADA ORELLANA es que los documentos aportados por él se encontraban en copias simples de fojas 4571 a 4743, más los detectados por los suscritos juzgadores se encuentran de fojas 4549 a 4556, según la foliatura que la misma entidad accionada ha aportado de su expediente administrativo, y por lógica meridiana, como ya lo hemos indicado, contradicen la supuesta falta de autorización o aprobación del Administrador del contrato o de la autoridad competente para viabilizar el incremento necesario para la ejecución de la obra.

Luego, en aplicación del aforismo ACCESIO CEDIT PRINCIPALI, en derecho lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al no existir fundamento para la glosa principal, tampoco puede sostenerse la responsabilidad solidaria. Como premisa normativa: ª. . .DECIMO: En cuanto a la figura de solidaridad que ha sido escogida por la entidad accionada para determinarla responsabilidad civil en contra del ingeniero David Julio César Encalada Orellana, el Art. 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece lo siguiente: ªHabrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine.º, es decir para que se configure la solidaridad, deben materializarse como supuestos los siguientes: En primer lugar, que más de una persona participe en la omisión, y en segundo lugar, que ellas sean coautoras del hecho, de manera que, en la especie, el mencionado ciudadano cumplía una función de fiscalizador con atribuciones específicas que no eran susceptibles de ser compartidas con ningún otro sujeto que interviene en la relación contractual ni administrativa. Ciertamente sobre él recayó, en síntesis, la obligación de supervisar que los trabajos se efectúen adecuadamente conforme la ley, el contrato y las buenas prácticas de ingeniería, así como la aprobación de planillas, pero no más de eso, es decir ni la ejecución propiamente dicha de los trabajos (que correspondió al contratista), ni la gestión documental para el pago (que correspondió al administrador del contrato), ni el pago per sé (que correspondió a otros funcionarios públicos, y que,

vg., no han sido vinculados por la entidad accionada), ergo no se ha configurado la COAUTORIA determinada por el legislador ya que cada sujeto involucrado realizó una tarea diferente... Conclusión normativa: ªEl argumento de la entidad para desconocerlos descargos del ingeniero DAVID JULIO CESAR ENCALADA ORELLANA es que los documentos aportados por él se encontraban en copias simples de fojas 4571 a 4743, más los detectados por/os suscritos juzgadores se encuentran de fojas 4549 a 4556, según la foliatura que la misma entidad accionada ha aportado de su expediente administrativo, y por lógica meridiana, como ya lo hemos indicado, contradicen la supuesta falta de autorización o aprobación del Administrador del contrato o de la autoridad competente para viabilizar e/incremento necesario para la ejecución de la obra. Luego, en aplicación del aforismo ACCESIO CEDIT PRINCIPALI, en derecho lo accesorio sigue la suerte de lo principal al no existir fundamento para la glosa principal, tampoco puede sostenerse la responsabilidad solidaria.º (¼) Según lo señalado por el Tribunal, evidentemente no tiene relación directa con la coherencia de los elementos ordenados y concatenados que permitieron construir el juicio de valor al momento de emitir la sentencia, ya que no se consideró lo siguiente: Que la premisa fáctica fue que, existiendo la obligación del accionante en su calidad de Fiscalizador, responde solidariamente en 100 820,44 USD, por cuanto en el ejercicio de sus funciones y periodo de gestión comprendido entre el primero de agosto de dos mil nueve y el treinta de noviembre de dos mil diez, aprobó planillas de avance de obra y diferencia de cantidades que presentó la compañía GRISALE S.A. sin realizar un control adecuado sobre el ancho del ªCamino Vecinal recinto La Libertad, La Zoilita, Banco de Jaboncillo, La Primavera, del cantón Salitre de la Provincia del Guayas, la falta de control originó pagos en exceso en beneficio del contratista, por inobservar las Normas de Control Interno 408-19 ªFiscalizadoresº, literal d), y 408-16 ªAdministrador del contrato y administración de la obraº, que en su orden señalan: ªverificarla exactitud de las cantidades incluidas en las planillas presentadas por el contratista; además, calcular los reajustes correspondientes a esas planillas comparando la obra realizada con la que debía ser ejecutada de acuerdo con el programa de trabajo autorizado y En proyectos que involucren la ejecución de obras civiles y equipamiento o la ejecución de varias obras de la misma naturaleza se designará un Administrador del Contrato cuyas funciones, en términos generales consisten en velar por la calidad de la obra, el costo y el plazo...º Dentro de este contexto, la lógica utilizada por el Tribunal, sobre el supuesto cumplimiento de las funciones por parte del Fiscalizador, donde valora documentos como prueba suficiente para apartarlo de la responsabilidad solidaria, carece de coherencia, al momento que los jueces narran en la sentencia que el Fiscalizador no tenía responsabilidad sobre el pago, desconociendo que uno de los requisitos indispensable previos al pago, es que las planillas se

encuentren aprobadas por el fiscalizador, quien con su firma acepta la conformidad de la información que consta en dicho documento. En cuanto a la comprensión, el lenguaje utilizado por los jueces es comprensible, más la decisión adoptada tal como se ha argumentado en líneas anteriores no goza de legitimidad. Al carecer la sentencia de los tres elementos de la motivación, resulta evidente que violenta sin duda el derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República, esto es, a recibir por parte de la justicia judicial una sentencia debidamente motivadaº.

7.1.1.- ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN.

7.1.1.1 Sobre la causal segunda del artículo 268 del COGEP, que contiene como vicios generadores de la casación de la decisión judicial:

º Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivaciónº .

La recurrente señala que la sentencia reprochada carece de fundamentación y sostiene que se han infringido los artículos 76. numeral 7. literal l) de la Constitución de la República y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; causal y normas jurídicas que recogen el vicio de falta, inadecuada o insuficiente motivación de la decisión judicial materia del ataque casacional.

La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que la motivación es una obligación pública, encaminada a desterrar la arbitrariedad de los órganos del poder público encargados de emitir resoluciones que afecten los derechos de las personas, siendo garante también del debido proceso y de la seguridad jurídica, derechos prevenidos en los artículo 76 y 82 de la Constitución; puesto que, permiten a las personas el mejor e informado uso de sus derechos, así como permite el ejercicio del derecho a oponerse a las decisiones públicas, mediante la impugnación de aquellas, en función del conocimiento del porqué se generaron esas decisiones.

En sentencia 1158-17-EP/21 de 20 0ctubre 2021 la Corte Constitucional ha señalado (Ponente Ali Lozada párrafos 57 y 59), también ha manifestado que la motivación, estará mínimamente completa cuando: 1) por enunciar los hechos que han surgido del proceso; 2) por enunciar las normas o principios jurídicos en se sustenta la decisión; y, 3) por explicar la pertinencia de la aplicación de éstas a aquéllos.

La Corte Constitucional (*Sentencia No. 1507-15-EP/21*), ha dejado establecido que la

ª *garantía de la motivación no se refiere a la corrección del razonamiento judicial, sino, exclusivamente, a explicitar de forma suficiente los fundamentos de la decisión adoptada*º. Pronunciamiento que permite colegir, que la motivación, es una obligación judicial, de orden constitucional, encaminada a que los juzgadores, con razonamiento lógico y jurídico, expresado en lenguaje llano, expliquen el sustento de sus decisiones de modo claro, refiriéndose a los hechos y a la pertinencia de aplicación de las normas jurídicas pertinentes a aquellos, para que el resultado de ese silogismo sea coherente con las premisas subsumidas.

De la fundamentación que realiza a casacionista se establece que entre sus sustentos, afirma que la sentencia ha dejado de aplicar la Norma de Control Interno 408-1 9, y que, hace interpretaciones arbitrarias del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; argumentos que ciertamente no corresponden a la causal y yerro invocados, sino a otros vicios que trae el artículo 268 del COGEP; igualmente, en su larga exposición, hace un alegato de desacuerdo con lo decidido por el Tribunal de instancia, pretendiendo que a través de la acusación de defectuosa motivación, pueda lograrse la rectificación de la decisión judicial que ataca; lo cual, conforme el pronunciamiento de la Corte Constitucional no es procedente.

Sin embargo, de la verificación de la parte considerativa de la sentencia recurrida, esta Sala Especializada, puede establecer que en ella se han determinado con claridad los antecedentes fácticos y que las pruebas actuadas en el proceso judicial, han permitido colegirlos; a los cuales se han subsumido las normas jurídicas aplicables a esos precedentes de hecho, guardando relación coherente con las conclusiones a las que el Tribunal llega y que se expresan en la parte resolutiva del fallo; en suma la garantía de motivación ha sido cumplida en la sentencia atacada; sin que el fallo adolezca de falta, deficiencia o apariencia en su motivación; consecuentemente, se estima improcedente el recurso de casación.

7.2. SOBRE EL CASO CUARTO POR FALTA DE APLICACIÓN DE UN PRECEPTO JURIDICO APLICABLE A LA VALORACION DE LA PRUEBA: El recurrente señala que:

> ª *En el numeral séptimo del punto 8 de la sentencia, de fecha 8 de septiembre de 2020, el Tribunal expone una serie de documentos como justificativos de las actuaciones por parte del fiscalizador, pero existe una condición que no fue considerada por los jueces, y esta es que, los oficios a los que se remite son documentos de mero trámite que no llegaron a formar parte de un instrumento legal válido, como debió ser el contrato complementario. Si se analiza con detenimiento cada documento, existe la frase, para viabilizar, pero en*

ninguna parte se identifica el contrato donde se acepta por parte del prefecto la tabla de rubros incrementados y la aceptación de la compañía contratista para ejecutar estos rubros por un determinado valor, lo que es peor, los mismos documentos, refieren a que se debe hacer un Acta de Excedentes de Obra, pero este documento no fue puesto a la vista del Tribunal, tampoco forma parte de los documentos soportes de los pagos realizados por la entidad o en su efecto como soporte de la legalidad de lo aprobado en las planillas por parte del fiscalizador. Para una mejor ilustración se transcribe los documentos que fueron valorados por el Tribunal, y que no hacen fe de ser lo suficientemente válidos para desvanecer la legalidad de la responsabilidad incoada en contra del Fiscalizador del contrato O-OBR-322-2009- X-O, donde se realizaron pagos por concepto de aumento de rubros sin contar con la documentación soporte estipulada por ley. ª 6.1) Oficio N° 218-EA T-2010 del 6 de abril de 2010, elaborado por el Jefe de Estudios Viales, que precisa en la parte pertinente lo siguiente: ª .. Por consiguiente, se trata de un caso de excedente de obra para cuya realización se debe obtener la aprobación del Señor Prefecto, por lo tanto acompaño un modelo de acta que se puede utilizar para perfeccionar el acto administrativo legal© 6.2) Oficio N° 1018-DIPLAN-2010 del 8 de abril de 2010, elaborado por el Director de Planificación y Desarrollo, que precisa en la parte pertinente lo siguiente: ª ... Por lo antes expuesto, cumplo en solicitar a usted, salvo su mejor criterio autorice al departamento respectivo proceda con la elaboración del Acta de Excedente de Obra.º , 6.3) Oficio N° 03117-JJV-GPG-2010 del 13 de abril de 2010, elaborado por el Prefecto Provincial del Guayas, de cuyo texto se concluye que dispone al Procurador Síndico viabilizar lo requerido por los funcionarios anteriormente indicadosº . -En el numeral décimo, sobre el punto 8 de la sentencia, los magistrados realizan un análisis sobre la responsabilidad civil solidaria, que resulta una errónea interpretación jurídica, por cuanto, se procura desvanecer la base legal sobre las actuaciones del Fiscalizador ingeniero David Julio Cesar Encalada Orellana, figurada jurídica contemplada en el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. El fallo que se recurre, reza lo siguiente: ª DECIMO: En cuanto a la figura de solidaridad que ha sido escogida por la entidad accionada para determinar la responsabilidad civil en contra del ingeniero David Julio César Encalada Orellana, el Art. 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece lo siguiente: ª Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine. ª , es decir para que se configure la solidaridad, deben materializarse como supuestos los siguientes: En primer lugar; que más de una persona participe en la omisión, y en segundo lugar; que ellas sean coautoras

del hecho, de manera que, en la especie, el mencionado ciudadano cumplía una función de fiscalizador con atribuciones específicas que no eran susceptibles de ser compartidas con ningún otro sujeto que interviene en la relación contractual ni administrativa. Ciertamente sobre él recayó, en síntesis, la obligación de supervisar que los trabajos se efectúen adecuadamente conforme la ley, el contrato y las buenas prácticas de ingeniería, así como la aprobación de planillas, pero no más de eso, es decir ni la ejecución propiamente dicha de los trabajos (que correspondió al contratista), ni/a gestión documental para el pago (que correspondió al administrador del contrato), ni el pago per sé (que correspondió a otros funcionarios públicos, y que, v.g.,no han sido vinculados por la entidad accionada), ergo no se ha configurado la COAUTORIA determinada por el legislador ya que cada sujeto involucrado realizó una tarea diferente.º (Lo resaltado fuera del texto) Esta tesis que desarrollan los magistrados, es contradictoria y vulnera el espíritu normativo del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por cuanto la normativa es clara en establecer que la responsabilidad civil solidaria, cabe cuando de la acción u omisión de una o más persona originen un perjuicio económico, en el presente caso, se cumple la condición de la acción, ya que hay una aprobación de planillas, por parte del fiscalizador y ahora accionante de la causa, el Tribunal también procura limitar y minimizar las responsabilidades del señor David Julio Cesar Encalada Orellana, exponiendo que: ª el mencionado ciudadano cumplía una función de fiscalizador con atribuciones específicas que no eran susceptibles de ser compartidas con ningún otro sujeto que interviene en la relación contractual ni administrativa. Ciertamente sobre él recayó, en síntesis, la obligación de supervisar que los trabajos se efectúen adecuadamente conforme la ley, el contrato y las buenas prácticas de ingeniería, así como la aprobación de planillas, pero no más de eso, es decir ni la ejecución propiamente dicha de los trabajos (que correspondió al contratista), ni la gestión documental para el pagoº. Lo manifestado por los jueces es inconcebible e incomprensible, toda vez que, se requiere del control y aprobación de las planillas por parte del fiscalizador para que se realicen pagos que ha solicitado el contratista. También se debe observar que esta responsabilidad, es solidaria, por cuanto el fiscalizador es uno de los filtros previos al pago y que tales obligaciones se encuentran enmarcadas en la Norma de Control Interno 408-19, en los literales: d) Verificar la exactitud de las cantidades incluidas en las planillas presentadas por el contratista; además, calcular los reajustes correspondientes a esas planillas, comparando la obra realizada, con la que debía ser ejecutada de acuerdo con el programa de trabajo autorizado; f) Verificar la calidad de los materiales, así como la de los elementos

> *construidos, mediante ensayos de laboratorio o de campo, efectuados bajo su supervisión y siguiendo rigurosamente las especificaciones técnicas. En este sentido el fiscalizador tiene la responsabilidad de controlar que los rubros planillados y que serán aprobados por él, guarden relación con lo contemplado en el contrato y autorizado. Por lo expuesto, la Contraloría General del Estado encuentra que la sentencia de 08 de septiembre de 2020, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en el Cantón Guayaquil, no realiza una valoración correcta de los medios de prueba, y aplica de manera incorrecta los preceptos jurídicos concernientes a la prueba, lo que acarrea una falta de aplicación del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, lo cual afecta los intereses del Estado*".

Esta causal contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta de norma sustantiva, que consiste en la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que a su vez conduce a la equivocada aplicación de normas de derecho material. Por lo dicho, en esta causal concurren dos violaciones sucesivas: la primera, de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y la segunda, de violación de normas de derecho, como consecuencia de la primera. En conclusión, el casacionista que invoca la cuarta causal del artículo 268 del COGEP, debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba respecto de los que el Tribunal ha incurrido en el yerro, b) el modo en el que se ha cometido el yerro, esto es si por aplicación indebida, falta de aplicación o por errónea interpretación; c) qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, d) explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación.

El casacionista refiere que la sentencia que ataca está viciada por el yerro de falta de aplicación del artículo 300 del COGEP, como norma de valoración de la prueba que ha sido omitida en la sentencia que reprocha.

La **causal cuarta** prevista en el artículo 268 del COGEP, establece como causal de casación:

> *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto".*

A la causal invocada se le ha definido como de infracción indirecta de norma sustantiva, se la denomina así porque se produce indispensablemente una violación de normas sustantivas o materiales, como efecto inicial de la violación de normas aplicables a la valoración de la prueba, que obviamente son disposiciones procesales y sus modos de infracción en principio contienen vicios in procedendo, los cuales conducen a la violación, por su efecto, a la existencia de vicios que infringen normas de orden sustantivo. Es por ello una causal compleja, ya que corresponde al casacionista justificar la existencia de esos vicios en el orden que la misma norma ha establecido; pues la causa para que opere la violación de la norma sustantiva, es la existencia de la infracción a la norma procesal, ya que aquélla es efecto de ésta.

La Corte Nacional, con relación a la causal invocada ha sostenido que son elementos indispensables que debe contener la fundamentación del recurso: ª i) identificar la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital infringió el ordenamiento jurídico; ii) que se indique las normas procesales que se estima infringidas; iii) que se demuestre cómo el Tribunal incurrió en la infracción; iv) se señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente y la manera en que esto último se ha producido.º (Resolución No. 190-2015 de 29 de mayo de 2015, recurso de casación 235-2011; Resolución No. 56-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 542-2011; Resolución No. 53-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 308-2010). Elementos a los que deberá agregarse la explicación clara de los efectos trascendentes que estas transgresiones han generado en la decisión de la causa.

La norma del COGEP, denunciada como infringida a su tenor dice:

> Art. 300.- Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.
>
> Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas.

Es indispensable entonces que a más de señalar las pruebas que no han sido valoradas o que han sido incorrectamente apreciadas se establezca con precisión, la disposición relativa a la valoración de la prueba, relacionada con aquellas que ha sido, como se denuncia, omitida por el juzgador de instancia; estimando asimismo, que en el país rige el denominado sistema de prueba reglada; por el cual es la Ley la que define qué clase de pruebas pueden ser admitidas en el proceso judicial y el procedimiento que debe observarse para que estas, sean documentales, materiales, testimoniales o periciales, tengan el valor legal que genere efectos procesales específicos; de modo que, es a estas disposiciones a las que se refiere la causal; normas que por su misma esencia son de orden instrumental.

En el recurso estudiado, se encuentra que el artículo 300 del COGEP, no es un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba; lo cual es suficiente para desestimar el recurso; a lo cual se agrega que tampoco se hace una relación coherente entre las pruebas con defecto u omisión valorativa y sus normas regulatorias; omitiendo además establecer cuál es la norma o normas jurídicas sustantivas que, como efecto del inicial yerro han sido vulneradas en el fallo del que sea recurrido; todo lo cual conduce a que se determine la improcedencia del recurso de casación por esta causal.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, consecuentemente, **NO CASA** la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, el 8 de septiembre de 2020, las 08h43.- Actúe la Secretaria Relatora de la Causa.- **NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y PUBLÍQUESE.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS
Validar únicamente con FirmaEC

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 18803-2019-00060 RESOLUCION N° 439-2022

174948799-DFE

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 14h37. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **18803-2019-00060**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, expidió sentencia dentro de la causa signada con el No. **18803-2019-00060,** el martes 22 de septiembre del 2020, las 16h28, promovido por la ciudadana GLORIA ESPERANZA JARAMILLO VILLARREAL, en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la cual se resolvió, aceptar la demanda y declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado, por existir error de derecho en la aplicación del artículo 26 de la LOCGE, al haberse demostrado la falta de oportunidad del ejercicio de la facultad contralora de la entidad pública demandada.

2.2 RECURSO: La Contraloría General del Estado, parte demandada del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundando el mismo en la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3. ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de

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

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

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

Justicia, mediante auto de viernes 22 de enero del 2021, las 12h44, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto, con base en la causal quinta del artículo 268 del COGEP, únicamente por errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP. Es de señalar que la audiencia de sustentación de recurso de casación se realizó el día lunes 11 de abril de 2022, a partir de las 11h00, conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; diligencia en la cual la entidad pública casacionista sustentó su recurso de casación relativo a la causal y vicios admitidos, habiendo la otra parte procesal ejercido su derecho de contradicción, sin que se haya producido réplica ni contraréplica, por decisión de las partes. Luego del debate pertinente, la Sala Especializada hizo su pronunciamiento oral, comunicado a las partes.

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

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

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

> *ª 7.- MOTIVACIÓN¼ 7.2.- La parte actora presenta en su pretensión, la imputación de que la actuación de la entidad contralora ha sido extemporánea e imputa en primer lugar el incumplimiento del Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en el sentido que conforme el expediente administrativo, desde la orden de trabajo 0012-DR3-DPP-AE de 24 de abril de 2015 (fjs. 7 exp. adm.) hasta la aprobación del informe que data del 16 de diciembre de 2015 (fjs. 6 exp. Adm.) ha excedido el término previsto en la norma legal invocada. En tales circunstancias, corresponde al Tribunal aplicar el derecho que corresponda al proceso, en ejercicio del control de legalidad previsto en el artículo 300 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, en correlación con el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial. Al caso, resulta necesario dilucidar la normativa aplicable a la fecha de inicio del examen especial (24 de abril de 2015), y para ello es de anotar que*

con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 en su DISPOSICION REFORMATORIA DECIMO SEGUNDA se dispuso: ª En la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sustitúyase el artículo26 por el siguiente:" Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el plazo máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata.". y esta normativa fue a su vez fue reformada por el artículo 13 de la Ley No. 0 LEY ORGANICA REFORMATORIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL publicada en Registro Oficial Tercer Suplemento 598 de 30 de Septiembre del 2015 que dispuso: ª En la Disposición Reformatoria Décimo Segunda, sustitúyase la palabra ª plazoº por ª términoº . Al caso concreto, es de enfatizar que el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado disponía a la fecha de emisión de la orden de trabajo en lo pertinente que: ª [¼] Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el plazo máximo de ciento ochenta días improrrogables¼º (lo resaltado le pertenece al tribunal). Como vemos, el legislador recién el 30 de septiembre de 2015 reformó la palabra ª plazoº por ª términoº y este accionar resulta imprescindible destacarlo ya que si bien existe el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado publicada en el Registro Oficial No. 523 de 16 de junio de 2015 OE PGE No. 00827 de 15 de abril de 2015 el mismo no es vinculante para la administración de justicia.(¼)Una vez esclarecido que el alcance de la palabra ª plazoº no puede ser apreciado en días hábiles a la fecha de emisión de la orden de determinación (24 de abril de 2015), en la especie se tiene como hechos probados que entre esta fecha y la aprobación del informe que responde al 16 de diciembre de 2015 (fjs. 6 Exp. Adm), ha transcurrido en exceso el plazo el 180 días calendario por lo que, el pronunciamiento dado por la entidad demandada resulta extemporáneo y alejada de los términos previstos en el artículo 26 de la Ley, es decir al margen de la actividad reglada en la cual debe enmarcar sus actuaciones, por tanto a entender de estos juzgadores, el legislador ha previsto un plazo fatal como regla general, a efectos de garantizar el debido proceso al cual deben ceñirse las entidades públicas, siendo que solo por excepción podrá extenderse en su tiempo y que debe estar motivada y justificada, a la luz de la certeza que debe tener el administrado respecto de dicho accionar,(¼) 7.3¼ De lo expuesto se confirma que el cumplimiento de los plazos previstos en el ordenamiento jurídico por parte de la entidad contralora debe ajustarse y cumplirse en tiempo y forma por ser verdaderos requisitos del debido proceso y no meras formalidades, so pena de ser inoportunas e ineficaces sus actuaciones posteriores, de ahí que no es una apreciación única del tribunal el sostener que en la presente causa ha caducado la facultad contralora, al no haberse observado por parte de los servidores públicos de la Contraloría General del Estado, el término fijado por el artículo

26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, siendo por tanto inadecuada la apreciación expuesta por la entidad demanda en la Audiencia de Juicio al manifestar que el precitado artículo 26 de la LOCGE no fija un plazo fatal sino otorga un tiempo aproximado para la ejecución de una actividad. Siendo que ha prosperado la caducidad de la facultad contralora de la Contraloría General del Estado por las motivaciones expuestas en líneas anteriores, resulta innecesario que el tribunal aborde los demás cargos propuestos por el actor y la defensa de la entidad demandada que en esencia son cargos y defensa respecto de actuaciones inoportunas e ineficaces, evidenciándose con ello que el acto administrativo impugnado trasgrede en su emisión y notificación la tantas veces precitada norma del artículo 26, desvirtuándose las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de las que gozan los actos administrativos, según lo establecido en el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos(¼)Por lo que, al no haberse cumplido con el plazo previsto en el Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el Órgano de Control violó indirectamente los principios de seguridad jurídica y legalidad establecidos en los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador. Siendo que ha prosperado la caducidad de la facultad contralora de la Contraloría General del Estado por las motivaciones expuestas en líneas anteriores, resulta innecesario que el tribunal aborde los demás cargos propuestos por el actor que en esencia son cargos respecto de actuaciones inoportunas e ineficaces(¼)

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO: El recurso interpuesto por la Contraloría General del Estado, se sustenta en la causal **quinta** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto considera que la sentencia recurrida ha incurrido en errónea interpretación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOCGE.

Afirma la casacionista que el Tribunal de instancia le atribuye un sentido e interpretación erróneos al artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, al indicar que, por el incumplimiento del plazo señalado en el referido artículo, se verifica la caducidad de la facultad de control de la Contraloría, pues señala que en dicha disposición no se menciona que la falta de aprobación del Informe en los plazos previstos, ocasione la caducidad de la facultad de control.

Considera que si bien el referido artículo 26, establece que el informe será tramitado en los plazos establecidos en la norma, la disposición indicaba que desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, en el término máximo de ciento ochenta días; considerando que dicha expresión se refiere a que el término de 180 días puede extenderse y, como tal, no constituye un plazo fatal. En razón de lo cual, menciona que al existir esta salvedad otorgada por la misma ley, mal podría interpretarse que la Contraloría General del Estado pierde la competencia de emitir los pronunciamientos correspondientes, en base a los hallazgos y conclusiones constantes en el informe, por el hecho de que el mismo no ha sido aprobado dentro del plazo legal establecido; y peor aún, que el informe o que todo lo actuado por la Contraloría General del Estado desde su aprobación sea nulo; pues considera que afirmar esto sería contrario a derecho e, inclusive, sería antagónico al artículo 71 de la LOCGE, que establece la figura de la caducidad.

8.- Sobre la causal quinta del artículo 268 del COGEP:

8.1 La causal alegada contiene los denominados vicios *in iudicando*, que implican la llamada violación directa de norma material;

> *ª La violación directa (¼) constituye un error en la selección de la norma. Solo se discute la selección de la norma y la valoración jurídica o alcance jurídico de ella en una cualquiera de las tres formas especiales. Es una violación de forma inmediata, sin desvío en la que necesariamente se deben aceptar íntegramente la totalidad de los hechos que declara probada la sentenciaº (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación (Ed. Doctrina y Ley, 2005, o. 356*

Entre las características de esta causal, es que ella proscribe toda posibilidad de que el casacionista ni los juzgadores puedan hacer consideración o referirse de alguna manera a los hechos establecidos en el desarrollo del proceso; en razón de que el caso quinto parte de la consideración de que las partes han dado como válidas las apreciaciones estructuradas por los juzgadores que han emitido la sentencia materia del recurso de casación; así como porque la causal se ª trata de falsos juicios sobre las normas jurídicas sustancialesº *(Tolosa).*

8.2 El vicio alegado, como informa la doctrina: ª la **interpretación errónea** ocurre cuando el precepto legal aplicado en la sentencia es el pertinente, pero se le da un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del Legislador. Tal situación es entonces una violación directa de la ley¼ º R.O. No. 238 5/enero/2001. Pág. 19º (citado por Tama Manuel. El recurso de Casación en la jurisprudencia nacional. Edilex. 2011. Pág.151).

En la especie es claro que el Tribunal de instancia hace una correcta interpretación del artículo 26 de la LOCGE, que fija un tiempo fatal dentro del cual la entidad demandada debe cumplir con su potestad contralora; fase determinante para que las posteriores, de ejercicio del *ius puniendi* (establecimiento de responsabilidades, de haberlas), puedan estructurarse, dentro de los tiempos debidos; período el referido, que empieza con la orden de trabajo y que culmina con la aprobación del informe de resultados que debe aprobar el Contralor General del Estado; así de taxativo es el artículo 26 denunciado como infringido.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 10-2021 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 556 de 12 de octubre de 2021, ha declarado como precedente jurisprudencial obligatorio el punto de derecho que contiene la siguiente regla:

> ª ***Art. 3.-*** *Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el punto de derecho que contiene la siguiente regla:*
>
> *El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad contralora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental esté viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa, o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, están obligados a declararla de oficio o a petición de parte, en aplicación de la garantía de preclusión y del principio de la seguridad jurídica.*

> ***Art. 4.-*** *Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuadorº .*

Consecuentemente, al evidenciar el Tribunal de instancia, que la aprobación del informe final, por parte de la máxima autoridad del Órgano de Control de los Recursos Públicos, se la realizó fuera del tiempo prevenido en la norma legal, denunciada como infringida en el recurso de casación que se resuelve, obró haciendo una correcta interpretación de la mencionada disposición legal.

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 rechaza el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, consecuentemente, **NO CASA** la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, expedida el martes 22 de septiembre del 2020, las 16h28. Actúe la Dra. Ivonne Marlene Guamaní León en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 1040-DNTH-2021-OQ.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS
Validar únicamente con FirmaEC

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No. 17741-2015-0924 RESOLUCION N° 440-2022

174951236-DFE

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

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 14h48. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **c)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17741-2015-0924**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, expidió sentencia, dentro de la causa signada con el No. **09801-2011-0967,** el 03 de junio de 2015, las 12h45**,** promovido por ROSA ANA SABANDO VALENCIA, por los derechos que representa como madre del occiso ENRIQUE RICARDO SALAZAR SABANDO en contra del GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE GUAYAQUIL y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la cual se decidió rechazar la demanda presentada.

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

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

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

2.2.- RECURSO: ROSA ANA SABANDO VALENCIA ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundando el mismo en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- ADMISIÓN: La Conjueza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 09 de agosto de 2016, 11h31, admitió el recurso de casación interpuesto, por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de *extra petita*.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el 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 las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

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

> *ª TERCERO¼ En cuanto a la excepción de caducidad del derecho a demandar es pertinente que el Tribunal examine el fondo de esta excepción por lo que es necesario realizar las siguientes puntualizaciones: El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: "El término para deducir la demanda en la vía contencioso*

administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna". Según la actora el día 15 de septiembre del 2008, se le comunica que ha sido cesado en sus funciones por parte del Alcalde de Guayaquil de las labores que desempeñaba como Policía Metropolitano el señor Ricardo Enrique Salazar Sabando, por lo que es inequívoco para este Tribunal y conforme así lo expresa la actora en el libelo de la demanda y en su escrito de ampliación y aclaración a la misma que el acto administrativo impugnado es de fecha 15 de septiembre del 2008, en este estado es preciso considerar que desde allí el accionante tenía noventa días para proponer su acción en la vía contenciosa administrativa. La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público vigente a la época, en su Art. 98 precisa: ª 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 efectoº ; sin embargo la demanda fue presentada el 19 de diciembre del 2011 habiendo transcurrido en exceso el término para proponer el recurso contencioso subjetivo de plena jurisdicción. Para efectos ilustrativos este Tribunal hace las siguientes reflexiones en derecho: a) El recurso subjetivo puede ser interpuesto por el administrado que justifique legitimación activa, y dentro de los noventa días hábiles siguientes, contados a partir del siguiente a aquél en que se produjo la notificación con el acto administrativo impugnado. b) En el caso sub judice, en virtud del tiempo transcurrido desde que se le comunico al Señor Ricardo Enrique Salazar Sabando que cesaba en sus funciones esto es el 15 de septiembre del 2008, hasta la presentación de la demanda el 19 de diciembre del 2011, opera lo preceptuado en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir la caducidad del ejercicio de la acción deducida, teniendo como fundamento que la caducidad per se es diferente de la prescripción, pues, aquélla es de carácter objetivo y no acepta situaciones personales que justifiquen la inacción dentro del lapso legal prefijado; mientras que la prescripción es de índole subjetiva¼ Por tales antecedentes jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales se establece, que la caducidad no depende de una decisión del interesado, sino del cumplimiento de términos indispensables para efectuar una reclamación, correspondiéndole a este Tribunal la obligación de acoger la excepción de caducidad de la acción por las razones expuestas, por lo que al juzgador le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito. Sin otras consideraciones, este TRIBUNAL DISTRITAL No. 2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN GUAYAQUIL, ª ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN

NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA rechaza la demanda propuesta por la señora ROSA ANA SABANDO VALENCIA por los derechos que representa como madre del hoy occiso su hijo Enrique Ricardo Salazar Sabando en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil. Sin costas ni honorarios que fijar.ª

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:

El recurso interpuesto por el abogado de la actora, se fundamenta en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, alegando que en la sentencia debe resolverse todos los puntos en los que se trabó la litis, acorde al artículo 273 del Código de Procedimiento Civil; indicando que en el presente caso el Tribunal debía analizar la demanda y su contestación, y en base a ello, estudiar el acto impugnado para determinar si este fue realizado respetando el debido proceso; señalando que no se ha probado tal hecho; y por el contrario el Tribunal concluye que prescribió la acción.

8.- RESPECTO DE LA CAUSAL CUARTA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN. MOTIVACION DE LA SALA:

8.1.- La causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere:

ª 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;º .

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, *in iudicando jure*, de la sentencia reprochada, la incongruencia por el vicio ª *extra petita*º, se da cuando en el fallo, el órgano jurisdiccional, resuelve algo que no ha sido parte del objeto del debate; se da un exceso de poder, apartándose el órgano jurisdiccional de las pretensiones formuladas por las partes, o sea, concede cosa distinta a la pedida.

8.2.- La casacionista alega el vicio de ***extra petita***, el cual constituye un yerro procesal que se presenta cuando el juzgador concede más de lo pedido. Conforme se desprende de la demanda presentada el 19 de diciembre de 2011, ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, que consta de fojas 116 a 118 del expediente de instancia, la pretensión de la accionante en esta acción subjetiva es que: ª ¼ *en sentencia se declare y se ordene; La Ilegalidad del Acto Administrativo tomado por los personeros de la Municipalidad de Guayaquil y para que en sentencia se declare y se ordene: 1.- La indemnización al cargo que venía desempeñando de Policía Metropolitano de la Municipalidad de Guayaquil. 2.- El pago íntegro de mi sueldo y beneficios sociales a que tengo*

derecho desde la fecha en que fui separado de mis funciones. 3.- La ilegalidad de mi cancelación sin justificativo alguno por parte del Director de Recursos Humanos Ing. Patricio Medina Zambrano.º. De fojas 125 a 127 del expediente, consta la contestación a la demanda presentada por la Procuraduría General del Estado, en la que propone como excepción la caducidad del derecho de la actora, conforme el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues la Resolución impugnada fue notificada el 15 de septiembre de 2008 y la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2011. De fojas 139 a 140 del expediente, consta la contestación a la demanda presentada por el GAD Municipal de Guayaquil, en la que propone como excepción la caducidad de la acción en base al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por haber trascurrido más de los 90 días desde la conclusión de los servicios prestados, por el hijo fallecido de la actora, que fue el 15 de septiembre de 2008, hasta el 19 de diciembre de 2011, fecha en la que presenta la accionante la demanda.

8.3.- Con lo antes indicado, es evidente que no existe el vicio de extra petita alegado, pues tanto el GAD municipal de Guayaquil como la Procuraduría General del Estado presentaron sus excepciones respecto de la caducidad de la acción de la actora. Sin perjuicio de ello, es necesario tener en cuenta que el artículo 1 de la Resolución No. 13-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 30 de septiembre de 2015 determina en su artículo 1 que:

> ª ¼ *dado 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 y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; declara la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, en el siguiente sentido: 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;*¼ º.

8.4.- Este Tribunal de Casación observa que la recurrente, solicita que se declare la ilegalidad de la terminación de la relación laboral, que venía desempeñando su hijo en la Municipalidad de Guayaquil como Policía Metropolitano, hecho que ocurrió el 15 de septiembre de 2008. Que la demanda fue presentada ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, el 19 de diciembre de 2011; por tanta se verifica este Tribunal de Casación que han transcurrido en exceso el término de 90 días previsto en el primer inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa, por lo que efectivamente la acción caducó ya que la demanda fue presentada con mucha posterioridad al término exigido en la Ley.

8.5.- Independientemente de lo mencionado, este Tribunal observa que en la demanda, la accionante indica que en septiembre de 2008 presentó una demanda ante el Juzgado de lo Laboral de Guayaquil, por el mismo objeto, y que en audiencia preliminar de 30 de marzo de 2010, el Municipio de Guayaquil se excepcionó por incompetencia del juzgador en razón de la materia, pues el ciudadano Salazar Sabando pertenecía a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, LOSCCA; y posteriormente en audiencia definitiva se acogió la excepción de incompetencia mencionada, la cual fue apelada. En razón de la apelación presentada, la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de Guayaquil, con fecha 12 de septiembre de 2011, declara la nulidad de lo actuado por el juez a quo, desde fs. 1 inclusive y dispone que se remita el proceso al Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo para que dé inicio al juzgamiento en la causa, resolución que es corroborada por este Tribunal, conforme consta a fojas 106 y 106 vta., del expediente de instancia.

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,** rechaza el recurso de casación interpuesto, en consecuencia **NO CASA** la sentencia expedida el 03 de junio de 2015, las 12h45, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS
Validar únicamente con FirmaEC

FUNCIÓN JUDICIAL

174945735-DFE

Juicio No. 11804-2020-00033 RESOLUCION N° 451-2022

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 14h24. VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido, dicta la siguiente sentencia de mayoría dentro de la causa No. 11804-2020-00033:

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

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

b. La organización de las salas especializadas que realizó el Pleno de este organismo mediante Resolución No. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,

c. Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113- P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

iii. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 3 de septiembre del 2021, constante a fojas 14 del expediente, el Tribunal competente para conocer este recurso de casación se encuentra conformado por los jueces nacionales: Patricio Secaira Durango en calidad de ponente, Milton Velásquez Díaz y Fabián Racines Garrido.

iv. En virtud de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal que suscribe la presente causa tiene potestad jurisdiccional y competencia para resolver el presente recurso acorde al numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y del artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, y siendo el estado

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

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

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

de la causa el de resolver, se considera:

II. Antecedentes

2.1 El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, expidió auto de fecha el 18 de enero del 2021, 10h26, declarando el abandono de la causa signada con el No. 11804-2020-00033, promovido por la Asociación consultora Artelia Ville et Transport Geodata Engineering Adeplan Cía. Ltda INGECONSULT CIA. LTDA. (Consorcio AGIA), en contra de la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado. El mencionado abandono se declaró por medio de auto de fecha 18 de enero de 2021, a las 10h26 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja.

2.2 El señor Patricio Pacheco Oña, en su calidad de procurador común y representante legal de la Asociación Consultora Artelia Ville Et Transport Geodata Engineering ADEPLAN Cía. Ltda. INGECONSULT Cía. Ltda. (Consorcio AGIA), por tal, interpuso el recurso de casación en contra del auto de abandono indicado, alegando para ello la: indebida aplicación del artículo 87 Código Orgánico General de Procesos; errónea interpretación del artículo 293 ibídem; y, falta de aplicación del numeral 4 del artículo 247 ibídem por la causal primera del artículo 268 ibídem.

2.3 En razón de lo indicado, por medio de auto de fecha 25 de mayo de 2021, a las 12h03, la Conjueza Nacional doctora Hipatia Ortiz Vargas resolvió admitir el recurso de casación interpuesto, por la causal primera del artículo 268 del Código Orgánico de la Función Judicial, por los cargos contenidos en el parágrafo que antecede.

III. Validez procesal

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

IV. Consideraciones de este tribunal

4.1 De los argumentos expuestos dentro del recurso de casación interpuesto se considera que las causales invocadas son las contenidas en el numeral primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por: i) indebida aplicación del artículo 87.1 del COGEP; ii) por la errónea interpretación del artículo 293 ibídem; y, iii) falta de aplicación del artículo 247.4 ibídem.

Análisis del recurso de casación de la causal contenida en el numeral primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por la indebida aplicación del artículo 87.1 ibídem

4.2 La casacionista fundamentó su recurso en relación a la causal primera del artículo 268 del COGEP indicando que existió una indebida aplicación del artículo 87.1 ibídem dado que otra de las personas que conformaban el consorcio asistió a la audiencia, mas no quien propuso la demanda. Por ello, el Tribunal a quo señaló que el que debía asistir a la audiencia preliminar era quien propuso la acción, y no otro de los miembros del consorcio.

4.3 Que la declaratoria de abandono privó a la casacionista de ejercer su derecho a la acción y por lo tanto le produjo una grave indefensión y por tal se ha configurado la causal de vicio in procedendo alegada. Añade que el tribunal sí tuvo oportunidad de examinar los documentos que sustentantaban la legitimación del compareciente.

4.4 Para resolver el recurso propuesto es necesario identificar los tipos de vicios contemplados en el numeral primero del artículo 268.1 del COGEP. A este respecto, alguna jurisprudencia y doctrina han señalado lo siguiente:

> a. Falta de aplicación: Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.
>
> b. Aplicación indebida: Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido.
>
> c. Errónea interpretación: Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.
>
> [Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 323, juicio No. 89-99, 31 de agosto de 2000; No. 299, juicio No. 168-200, 19 de junio de 2001; No. 317, juicio No. 190-200, 31 de agosto de 2000. En el mismo sentido, véase: Manuel De La Plaza, La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218]

4.5 Aclarado el vicio alegado, es necesario referir la naturaleza de la causal primera del artículo 268 del COGEP, la cual -acorde lo señala el maestro Calamandrei- trata de los errores in procedendo, enfocados por tanto en normas procesales [Piero Calamandrei, La casación civil Tomo III (Buenos Aires: El Foro, 2007), pág. 50]. Su finalidad es tutelar la aplicación de norma procesal en el íter entre aquello que se demanda, hasta cuando finalmente culmina el proceso. En esta línea de ideas (acorde a lo expuesto en el recurso de casación y la causal alegada) se revisará los vicios en normas procesales que vicien el proceso de una nulidad que resulte insanable, e incidan en la decisión de la causa [Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador (Quito:

Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade y Asociados, 2005), pág. 116]. Pero, para que sea procedente, este cargo debe cumplir con un estándar mínimo con los siguientes elementos: el principio de tipicidad y el principio de trascendencia [ibídem].

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

4.7 A este respecto, la parte casacionista ha señalado que la indebida aplicación del artículo 87.1 del COGEP le produjo indefensión. Es necesario recordar que no es suficiente la mera mención del cargo o de las posibles violaciones, sino que es imprescindible y un deber de quien recurre, fundamentar los cargos alegados con el fin que demuestre ante este Tribunal de alzada el yerro del Tribunal a quo que denuncia en el recurso interpuesto. En esta línea es insoslayable recordar la tecnicidad inmanente del recurso de casación, por lo que la fundamentación que sustenta el cargo casacional es imprescindible, puesto que si no fuera de tal manera, el recurso sería una tercera instancia, dado que el cumplimiento formal no son requisitos sin contenido, siendo estos necesarios para no quitarle el carácter extraordinario al recurso de casación para que, en la práctica, se evite desvirtuarlo [Santiago Andrade, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005) pág. 244].

4.8 Por ello, al no fundamentar ni la especificidad (que traería como consecuencia la nulidad del proceso) ni la trascendencia del supuesto vicio traído a colación, no puede prosperar el cargo alegado. En este sentido la casacionista no ha indicado cómo el vicio ha sido determinante, para que se castigue al proceso con una nulidad, acorde fue expuesto. Esto debido a que la nulidad no se puede configurar si es que no comulgan estos mencionados requisitos esenciales, como lo son la tipicidad y la trascendencia del vicio.

4.9 Por todo lo mencionado, deben concurrir ineludiblemente tales características para que la nulidad se configure, y se aplique como remedio procesal. Por lo tanto, no se puede estimar que se haya adecuado la alegación vertida en relación a la indebida aplicación del numeral 1 del artículo 87 del Código Orgánico General de Procesos al estándar de este tribunal, necesario para casar el auto impugnado, rechazándose el cargo alegado.

Análisis del recurso de casación de la causal contenida en el numeral primero del artículo 268 del Código

Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación del artículo 293 ibídem

4.10 La casacionista, en el recurso escrito, alegó la existencia del vicio de errónea interpretación del artículo 293 del COGEP, en el que se dispone que las partes deberán asistir personalmente a la audiencia preliminar. En el cargo alegado expuso que la falta de comparecencia no se da por la ausencia del accionante, sino por una limitación ªderivada de la virtualidadº. De haber sido una audiencia presencial, se habría presentado la documentación que lo acreditaba como procurador común y la audiencia habría continuado.

4.11 Sobre ello es importante señalar que el cargo no fue fundamentado en la audiencia de casación realizada, a pesar de estar admitido. Siendo necesario recordar el contenido del artículo 4 del COGEP, el cual establece que la sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral. De igual manera, el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial reconoce el principio de oralidad. En esta línea, para garantizar la oralidad, inmediación, celeridad y eficacia procesal, el artículo 272 del COGEP dispone que la audiencia de fundamentación del recurso se llevará a cabo conforme las reglas generales de las audiencias, por lo que era el momento oportuno para fundamentar el recurso interpuesto, tal como se realizó con los cargos de falta de aplicación del artículo 247.4 ibídem y de indebida aplicación del artículo 87.1 ibídem.

4.12 Ello no es baladí, debido a que (como se advirtió en el parágrafo 4.7) la fundamentación es esencial , caso contrario se desnaturalizaría el recurso técnico, formal y extraordinario de casación, no siendo sino una nueva instancia. En este sentido, esta Sala no puede suplir la deficiencia en la selección de las disposiciones presuntamente violentadas en la resolución, las causales procedentes y la inadecuada fundamentación del recurso de casación, pues ªno es misión del tribunal indagar el propósito del recurrenteº [Corte Suprema de Justicia, Juicio No 59-94 (Echanique vs. Bilbao) R.O. 901 de 11 de marzo de 1996], siendo en el caso que nos acomete, la falta de fundamentación en la audiencia realizada.

4.13 Por tal, al no haber fundamentado la errónea interpretación del artículo 293 del Código Orgánico General de Procesos, se rechaza el cargo alegado.

Análisis del recurso de casación de la causal contenida en el numeral primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por la falta de aplicación del artículo 247.4 ibídem

4.14 En relación a la presente causal la casacionista ha argüido que existe falta de aplicación del artículo 247.4 del COGEP dado que el Tribunal a quo declaró el abandono cuando le estaba vedado hacerlo, dado que en las acciones subjetivas contencioso administrativas está prohibido realizar dicha declaratoria. Que la norma establece claramente que no se puede declarar el abandono y por lo tanto se ha vulnerado el derecho a la acción de la casacionista, afectando la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 75 de la Constitución, alega.

4.15 Por tal, es necesario considerar los mínimos necesarios y contemplados de los parágrafos 4.4 a 4.6, esto quiere decir que el vicio sea reconocido por la legislación y que este vicio tenga trascendencia en el proceso.

4.16 A este respecto, es necesario además recordar que el artículo 75 de la Constitución de la República preceptúa que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva de sus derechos e intereses ª con sujeción a los principios de inmediación y celeridadº. Concordantemente, el artículo 169 de la Constitución establece que las normas procesales consagrarán, entre otros, los principios de eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal. El citado principio constitucional de inmediación solamente se puede garantizar a través del sistema de oralidad, esto es, cuando el juzgador toma su resolución en audiencia, en presencia de las partes. Es precisamente por este motivo que la Constitución sus artículos 168 y 169 prescribe que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral.

4.17 A su vez, la eficacia del principio constitucional de oralidad depende de la efectiva comparecencia de las partes procesales a la audiencia convocada para el efecto, en la cual cada una de ellas pueda exponer sus argumentos de defensa de forma verbal y en presencia de los juzgadores, con lo cual no solamente se garantiza el derecho a la contradicción de la contraparte, sino que hace efectiva la obligación del juzgador de percibir por sus propios sentidos todos los elementos de la causa, permitiendo al juzgador observar directamente situaciones más allá de lo que consta en los folios del expediente, haciéndole posible recopilar información más completa acerca de los casos.

4.18 En ese sentido la celeridad procesal prevista como un principio debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, requiriendo que todas las audiencias y diligencias que deban evacuarse en la sustanciación de un proceso judicial efectivamente se realicen, pues sólo así la sustanciación del proceso continuará su curso normal. El principio de celeridad, al estar previsto en nuestra Constitución, compele a quienes administran justicia a su observancia, tomando las acciones previstas en la ley para evitar dilaciones indebidas e innecesarias. Los jueces consultantes consideramos que los enunciados normativos en consulta, tal como están redactados, infringen el deber primordial del Estado de garantizar el debido proceso al vulnerarse el principio de celeridad procesal, lo cual conllevaría a infringir los principios de aplicación de los derechos en cuanto a su ejercicio garantizados en los artículos 76.1 y 11.4 de la Constitución; y, como consecuencia de lo anterior, existe la obligación ineludible de buscar por todos los medios la adecuación material de las normas jurídicas cuestionadas a los principios constitucionales.

4.19 Los principios constitucionales invocados establecen la inexorable necesidad de que las facultades jurisdiccionales deban desarrollarse a través de normas procesales que coadyuven a la cabal aplicación de los preceptos constitucionales, de las normas de los instrumentos internacionales y de las garantías procesales que orientan el ejercicio de la Función Judicial. El cambio sustancial establecido por el sistema oral y por los principios de inmediación, eficacia, dispositivo y celeridad hacen necesario armonizar las normas legales vigentes con las garantías constitucionales.

4.20 En tal sentido, la prohibición alegada, existe en relación al impulso natural que deben tener los procesos judiciales, y no a la falta de comparecencia del actor a las diligencias procesales. Esto quiere decir, que lo que sí le está vedado a los jueces es la posibilidad de declarar el abandono acorde al artículo 245 del COGEP que significa un castigo por la falta de prosecución del juicio por el transcurso del tiempo. Por ello, no se puede considerar que no se haya aplicado una interdicción, como la contenida en el artículo 247.4 ibídem, dado que el supuesto obedece a situaciones distintas a la acontecida en la especie. En esa línea, las comparecencias, al no estar bajo el dominio del operador de justicia (como la sustanciación de las causas de la cual tiene exclusiva responsabilidad el Juez, como manda el Principio de Celeridad), son responsabilidad exclusiva del actor, obedeciendo a cuestiones relativas al Principio Dispositivo, contenido en el artículo 18 del COFJ.

4.20 Por tal, la denuncia del vicio de falta de aplicación del artículo 247.4 del COGEP por la causal primera del artículo 268 ibídem al no adecuarse al caso en concreto, no puede configurarse. Por lo tanto, se rechaza el cargo alegado.

V. Decisión

5.1 En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de casación interpuesto por el señor Patricio Pacheco Oña, en su calidad de Procurador Común y representante legal de la Asociación Consultora Artelia Ville Et Transport Geodata Engineering ADEPLAN Cía. Ltda. INGECONSULT Cía. Ltda. (Consorcio AGIA), y consecuentemente, no se casa el auto dictado el día 18 de enero de 2021, a las 10h26, por Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de abril del 2022, las 14h24. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 11804-2020-00033**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, expidió auto declarando el abandono, dentro de la causa signada con el No. **11804-2020-00033**, el 18 de enero del 2021, 10h26, promovido por la ASOCIACIÓN CONSULTORA ARTELIA VILLE ET TRANSPORT GEODATA ENGINEERING ADEPLAN CIA. LTDA. INGECONSULT CIA. LTDA. (Consorcio AGIA), en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO y la Procuraduría General del Estado, en la cual se decidió declarar el abandono de la causa.

2.2.- RECURSO: La ASOCIACIÓN CONSULTORA ARTELIA VILLE ET TRANSPORT GEODATA ENGINEERING ADEPLAN CIA. LTDA. INGECONSULT CIA. LTDA. (Consorcio AGIA), ha interpuesto recurso de casación en contra del auto de abandono ya identificado por la causal primera del artícul0 268 del Código del Trabajo.

2.3.- ADMISIÓN: La Conjueza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 25 de mayo de 2021, 12h03, admitió el recurso de casación interpuesto, por la causal primera del artículo 268 del Código Orgánico de la Función Judicial, por indebida aplicación del artículo 87, errónea interpretación del artículo 293 y falta de aplicación del artículo 247 numeral 4, del Código Orgánico General de Procesos.

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

6.- AUTO DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en su auto de 18 de enero de 2021, 10h26, estimó, principalmente, que:

> *Los suscritos jueces, a través del auto de sustanciación de fecha 4 de septiembre de 2020, fijamos el día miércoles 13 de enero de 2021 a las 14h30, para la realización de la audiencia preliminar; siendo el día y hora indicados, el Tribunal dio inicio a la diligencia, verificándose la inasistencia del actor. Comparecen los abogados autorizados por el demandante señores Juan José Alencastro y Jaime Salazar Tamayo y también el señor Patricio Pacheco, quien manifiesta que es el nuevo procurador común de la Asociación AGIA. Al preguntársele si presentó la documentación que lo acredite en el proceso, manifiesta que no, que los abogados harán llegar el documento que lo tiene allí, que es su nombramiento como procurador. Al ser interrogado por la jueza ponente expresa que dicha designación la ostenta desde el 22 de octubre de 2020, protocolizada en la Notaría Cuarenta del cantón Quito, el 23 de octubre del mismo año. Exhibe un documento al que no es posible leerlo ni analizarlo vía telemática. Luego intervino la defensa de la parte actora manifestando que el señor Joaquín Borja Valdivieso, continúa siendo el representante legal, quien por una situación personal no pudo acompañarnos en la diligencia, pero que está presente el señor Pacheco como representante del consorcio y también como procurador. Con este antecedente, de conformidad con lo que prevé el artículo 87 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, por decisión de mayoría se declaró el abandono del proceso; se apartó de ese criterio el Dr. Roy David Faller Tinoco, a través de su voto salvado, con sustento en el artículo 247 numeral 4 del código en mención. 4) MOTIVACIÓN.- El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 293 establece que las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, excepto cuando hayan designado un procurador judicial o procurador común con cláusula especial o autorización para transigir, o se haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología. En el caso que se analiza, el actor solicitó que se autorice su comparecencia en vía telemática, oportunamente se proporcionó el ID de la reunión, plataforma ZOOM, y en efecto los abogados autorizados por él asistieron por ese medio a la audiencia preliminar; como se precisó en líneas anteriores no compareció el demandante porque según indicó uno de sus defensores, por una*

situación personal no pudo hacerlo. Respecto de la asistencia de los profesionales abogados Juan José Alencastro y Jaime Salazar Tamayo, ésta no es suficiente tratándose de la audiencia preliminar, lo que se desprende de la lectura del artículo 36 del COGEP que literalmente reza: ª Art. 36.- Comparecencia al proceso mediante defensor. Las partes que comparezcan a los procesos deberán hacerlo con el patrocinio de una o un defensor, salvo las excepciones contempladas en este Código. La persona que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueda contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos, recurrirá a la Defensoría Pública. Siempre que el o los defensores concurran a una diligencia sin autorización de la parte a la que dice representar, deberán ratificar su intervención en el término que la o el juzgador señale de acuerdo con las circunstancias de cada caso; si incumple la ratificación, sus actuaciones carecerán de validez. Esta disposición no será aplicable a la comparecencia a audiencia preliminar o única en los procedimientos de una sola audiencia a la cual deberá concurrir la o el defensor con la parteº . Con sustento en las normas anotadas, es absolutamente claro, que en la audiencia preliminar debe estar presente el actor, con las salvedades que la ley prescribe y que han sido debidamente puntualizadas. Es evidente también que en este caso, habiéndose proporcionado los datos necesarios para que se concurra telemáticamente a la diligencia, considerando que la parte actora reside en otra localidad y también las graves circunstancias que estamos atravesando por la pandemia generada por el COVID 19, que son de conocimiento público, el actor pudo comparecer a través de esa vía, que está autorizada en el artículo 4 del COGEP y también por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución. En ese escenario, el Tribunal una vez que se constató la ausencia del accionante, Ab. Joaquín Borja Valdivieso, Gerente General y representante legal de la Compañías Bustamante Holguín Abogados & Consultores BHACSA S.A., que a su vez es la representante legal de la ASOCIACIÓN CONSULTORA ARTELIA VILLE ET TRANSPORT GEODATA ENGINEERING ADEPLAN CIA. LTDA. INGECONSULT CIA. LTDA. (Consorcio AGIA), al tenor del Art. 87 numeral 1 del COGEP declaró el abandono del proceso, tomando en cuenta que dicho apartado taxativamente determina los efectos de la falta de comparecencia a las audiencias y dispone: ª 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. (¼)º . Dicho artículo forma parte de la Sección II ª AUDIENCIA PRELIMINARº del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos titulado ª PROCESOSº , consecuentemente pertenece a la normativa que específicamente regula el procedimiento a seguirse, tratándose de ese tipo de diligencias, sin que se haya previsto ninguna salvedad o excepción a la declaratoria del abandono ante la inasistencia de la parte actora. En el Libro III del COGEP titulado ª DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOSº , Título III, que contiene las Formas Extraordinarias de Conclusión del Proceso, Capítulo III que trata sobre el ABANDONO, se encuentran las reglas que rigen esa figura. El artículo 245 que es con el que inicia el capítulo referido, establece su procedencia y al efecto prescribe: ª La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el plazo de seis meses contados desde el día siguiente de la notificación de la última providencia dictada y recaída en

alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos o desde el día siguiente al de la actuación procesal ordenada en dicha providencia. Este plazo se contará conforme al artículo 33 del Código Civilº. (El énfasis es nuestro). En el artículo 246 se prevé la forma de efectuar el cómputo del término para el abandono. En el artículo 247 se instituye los casos en que el abandono es improcedente, textualmente dice ese apartado: ª 1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de las niñas, niños y adolescentes, incapaces, adultos mayores y personas con discapacidad. 2. En las causas en las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores. 3. En los procesos de carácter voluntario. 4. En las acciones subjetivas contenciosas administrativas. 5. En la etapa de ejecución. Siendo reiterativos en lo expuesto en líneas que anteceden, lo que regula el Capítulo III, se relaciona directamente con el hecho fáctico del cese de la prosecución de la causa, aquello se corrobora con el procedimiento instituido en el artículo 248 ibídem, en el que se prevé que la declaratoria procede una vez que se ha sentado la razón sobre el transcurso del tiempo. De las normas referidas se colige que el abandono en materia contencioso administrativa no opera por las circunstancias contempladas, escenario que es muy diferente al abandono que ha concebido el mismo cuerpo legal en el Art. 87, por la inasistencia a la audiencia preliminar. El Tribunal, respecto a la asistencia vía telemática de la persona que se identificó verbalmente como Patricio Pacheco, afirmando ser también procurador común y representante legal de la Asociación AGIA, establece que según las constancias procesales, no se encuentra ningún documento que lo faculte para intervenir en la causa. Tampoco se ha designado procurador común porque existe una sola parte procesal. El señor Pacheco, a pesar de que dice haber sido designado en octubre de 2020, hasta la fecha no ha acreditado tal representación en el proceso, situación que no nos permitió dar por válida su comparecencia. Cabe mencionar que encontrarse en otra ciudad no puede considerarse como impedimento para acreditar la calidad que dice tener, al encontrarse habilitada la ventanilla virtual pudo hacerlo por ese medio. Adicional a lo expuesto, cabe relievar que a fojas 496 de los autos figura el escrito que presentó por la ventanilla virtual, con fecha 21 de diciembre de 2020, el actor señor Joaquín Borja Valdivieso, en la calidad invocada a lo largo de todo el proceso, de Gerente General y como tal, representante legal de la compañía Bustamante Holguín Abogados & Consultores BHACSA S.A, quien a su vez es la representante legal de la ASOCIACIÓN CONSULTORA ARTELIA VILLE ET TRANSPORT GEODATA ENGINEERING ADEPLAN CÍA. LTDA, INGECONSULT CÍA. LTDA. (CONSORCIO AGIA), en ese memorial solicitó que la audiencia preliminar se realice por medio de teleconferencia en cualquier plataforma, aplicación o web destinada para el efecto. Aquello da fe, que quien siempre intervino como parte procesal debidamente acreditada en autos, fue el abogado Joaquín Borja Valdivieso. 5) DECISIÓN.- Por todas las consideraciones expuestas en este auto, SE DECLARA EL ABANDONO DEL PROCESO Y SE ORDENA SU ARCHIVO.- El suscrito juez Dr. Roy David Faller Tinoco, emite voto salvado, para quien no procede el abandono en la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247 del Código Orgánico General de Procesos. (¼)

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:

El recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN CONSULTORA ARTELIA VILLE ET TRANSPORT GEODATA ENGINEERING ADEPLAN CIA. LTDA. INGECONSULT CIA. LTDA. (Consorcio AGIA), se sustenta en el caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por indebida aplicación del artículo 87 numeral 7, errónea interpretación del artículo 293 y falta de aplicación del artículo 247 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos:

> ***Indebida aplicación del artículo 87 numeral 1 del COGEP (¼) lo cual causó indefensión e influyó, por la gravedad de la transgresión, en la decisión de la causa, sin que este vicio se haya subsanado:*** *(¼) lo cual causó indefensión e influyó, por la gravedad de la transgresión, en la decisión de la causa (¼) El artículo 87 numeral 1 del COGEP©determina que, en caso de inasistencia de la parte actora a la audiencia convocada por el Tribunal, se entenderá como abandono de la demanda. (...) El Tribunal fundamentó con esta disposición su declaratoria de abandono tras entender, a su juicio, que la comparecencia del señor Patricio Pacheco Oña, procurador del Consorcio AGIA, no era suficiente para la representación de dicho consorcio. (¼) El señor Patricio Pacheco Oña acudió a la audiencia preliminar de fecha 13 de enero de 2021 con su procuración común que le dota de la representación legal del Consorcio AGIA y pese a ello, el Tribunal entendía que la única persona que puede acudir a la misma como su representante legal era el señor Joaquín Borja Valdivieso, quien suscribió el acto de proposición de la demanda. 12. El Tribunal se contradice en el Auto Recurrido: al inicio menciona: ª siendo el día y hora indicados, el Tribunal dio inicio a la diligencia, verificándose la inasistencia del actorº , pero a continuación reconoce que, en representación del Consorcio AGIA, en la audiencia estuvieron presentes: ª los abogados autorizados por el demandante señores Juan José Alencastro y Jaime Salazar Tamayo y también el señor Patricio Pacheco quien manifiesta que es el nuevo procurador común de la Asociación AGIAº Como se indicó y se desprende de los adjuntos, el señor Patricio Pacheco Oña es el representante legal del Consorcio AGIA y en consecuencia esta parte si compareció y estuvo presente en la audiencia preliminar, por lo tanto, no se configuró en ningún momento lo prescrito en el numeral 1 del artículo 87 del COGEP (es decir, la inasistencia de la parte actora) y por lo tanto, se aplicó de forma indebida esta norma. (¼) Es evidente que esta declaratoria de abandono privó al Consorcio AGIA de ejercer su derecho de acción y le produjo tina grave indefensión irreparable hasta el momento, de tal manera que se ha configurado plenamente la causal del recurso de casación contemplada en el numeral 1 del artículo 268 del COGEP (¼) El Tribunal justifica su decisión bajo el razonamiento que el representante legal del Consorcio era el señor Joaquín Borja Valdivieso (quien suscribió la demanda) y por ello, él era quien tenía que comparecer a la audiencia preliminar, sin siquiera analizar ni revisar el documento que justificaba la representación del señor Patricio Pacheco Oña. (¼) El Tribunal realizó una aplicación indebida de esta norma no solo por inobservar que a la audiencia preliminar se conectó el representante legal del Consorcio, sino porque decidió deliberadamente ignorar la representación del señor Patricio Pacheco Oña y asumir sin justificación alguna que éste no tenía representación suficiente, cuando si la tenía (¼) El Tribunal también menciona que no le fue posible leerlo ni analizarlo vía telemáticaº (el nombramiento de Patricio*

Pacheco Oña), cuando tuvo la total posibilidad de hacerlo, de hecho, al inicio del audiencia, el Tribunal solicitó la exhibición de todos los documentos de personería a la cámara web de la aplicación Zoom, mediante la cual, Secretaria y Jueces pudieron verificar los carnés profesionales de los abogados de ambas partes. ¿Por qué se pudo verificar por vía telemática unos documentos y otros no? ¿Por qué el Tribunal no pudo verificar por esta vía solamente el documento que acreditaba la representación de Patricio Pacheco Oña?, son inquietudes que no tienen respuesta para nosotros. Y en el supuesto no consentido de que el Tribunal considere que el documento de representación es más grande que un carné, como para poder verificarlo, de todas maneras podía ser transmitido o enviado hacia ellos por vía telemática.

En definitiva, si existían mecanismos para que el Tribunal verifique todos los documentos de comparecencia de las partes y no solo de los ahogados (como hizo el Tribunal). (¼) Es claro que este inconveniente se presentó por la naturaleza virtual de la audiencia preliminar. Imaginemos que este escenario se hubiera presentado en una audiencia presencial: si comparecía una persona distinta a la que firmó la demanda, con su debido documento de representación (como sucedió en nuestro caso), no hubiera existido ningún inconveniente en que se permita la comparecencia de este representante legal ª distintoº . Los señores Jueces miembros del Tribunal han puesto abiertamente un obstáculo al Consorcio AGIA para que pueda ejercer su derecho de acción y comparezca a la audiencia preliminar que, en otras circunstancias, no hubiera ocurrido. ¿Por qué en modalidad virtual se tiene que aplicar un razonamiento distinto aún en contra de ley expresa? es algo que nunca entendimos. (¼) ***Errónea interpretación del artículo 293 del COGEP*** *(¼)* ***que ha causado indefensión y ha influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, sin que este vicio se haya subsanado:*** *(¼) El artículo 293 del COGEP establece la obligación de las partes de asistir personalmente a la audiencia preliminar, y alternativamente prevé ciertas excepciones a dicha obligación, por ejemplo, en los casos en que se haya designado un procurador judicial o procurador común. (¼) En el presente caso, si bien la demanda fue presentada por el señor Joaquín Borja Valdivieso, como Representante Legal del Consorcio AGIA, el señor Patricio Pacheco fue designado Procurador Común de dicho Consorcio, por lo que estaba plena y legalmente habilitado para representarlo (¼) como bien indica la norma, las partes deben asistir a la audiencia en forma personal, o a través de un representante, que puede ser el procurador común, como ha ocurrido en este caso. Este hecho jamás es negado por el Tribunal, por el contrario, simplemente se menciona que no se ha podido comprobar que quien ha asistido haya sido el Procurador Común, no por una falta de documentación, sino por una limitación derivada de la virtualidad, concretamente la posibilidad del Tribunal de revisar el documento. (¼) De tratarse de una audiencia presencial, el abogado Patricio Pacheco habría presentado físicamente la documentación que lo acreditaba como procurador común y la audiencia habría continuado; sin embargo, el Tribunal confunde el hecho de que la persona no asista, con la imposibilidad de comprobar la documentación que acredita y autoriza a comparecer, por lo que incurre en una interpretación errónea de la disposición. (¼)* ***Falta***

> ***de aplicación del artículo 247 numeral 4 del COGEP*** *(¼)* ***lo cual causó indefensión e influyó, por la gravedad de la transgresión, en la decisión de la causa, sin que este vicio se haya subsanado:*** *(¼) La norma citada establece expresa y claramente que el abandono no puede ser declarado en una acción como la interpuesta por el Consorcio ACTA y pese a ello, el Tribunal ha decidido declararlo dejando de aplicar esta norma. (¼) El abandono declarado ha vulnerado el derecho de acción de mi representada, dado que no ha podido ejercerlo plenamente por la interrupción del proceso y su finalización de manera anticipada, provocando grave indefensión irreparable hasta la fecha. (¼) El Tribunal justifica la falta de aplicación de esta norma bajo el argumento que ésta se encuentra en el capítulo del COGEP denominado ª Formas extraordinarias de conclusión del procesoº y que las salvedades del abandono contempladas en el artículo 217 solo serían aplicables en el caso de la falta de prosecución de la causa por más de 6 meses. lo cual es incorrecto: si analizamos todas las causales de dicho artículo encontramos escenarios de sensible protección de derechos, como las causas en las que estén involucrados los derechos de las niñas, niños y adolescentes (numeral i), las causas en las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores (numeral 2), y las acciones subjetivas contencioso administrativas (numeral 4), es decir, el legislador incluyó la imposibilidad de declarar el abandono no por el paso del tiempo, sino por la sensibilidad del derecho que está en discusión en este tipo de procesos, por lo tanto, la falta de aplicación de esta norma procesal le ocasionó al Consorcio AGIA una grave indefensión irreparable hasta la fecha.*

8.- RESPECTO DEL CASO PRIMERO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 87, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 293 Y FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 247 NUMERAL 4 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.-

8.1 El caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere:

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

8.2 Para la procedencia de esta causal el recurrente debe identificar en su memorial: **a)** Si reclama la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de normas procesales; **b)** Determinar cómo la violación escogida ha viciado el proceso de nulidad insanable o ha provocado indefensión; **c)** Determinar cómo la violación ha influido en la decisión de la causa; y, **d)** Demostrar que la nulidad no ha quedado convalidada.

8.3 La falta de aplicación se produce cuando el juzgador deja de utilizar la norma llamada a dirimir el conflicto procesal; la indebida aplicación que está hermanada con la falta de aplicación, implica que el Juez e instancia ha usado una norma jurídica de modo equivocado, dando asimismo una solución judicial que no corresponde a los presupuestos de esa disposición; en tanto que la errónea interpretación se produce cuando, usando adecuadamente la norma jurídica que corresponde a los presupuestos fácticos, se da un alcance que no corresponde a sus presupuestos, distorsionando su mandato.

8.4 Las disposiciones jurídicas infringidas, contenidas en el Código Orgánico General de Procesos, por indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación, respectivamente ordenan:

> ***Art. 87***.- *Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:*
>
> *1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. Si comparece la parte actora sin su defensor la o el juzgador suspenderá la audiencia y la volverá a convocar, por una sola vez a petición de parte.*
>
> ***Art. 247***.- *Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos:*
>
> *1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces, adultos mayores y personas con discapacidad.*
>
> *2. En las causas en las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores.*
>
> *3. En los procesos de carácter voluntario.*
>
> *4. En las acciones subjetivas contenciosas administrativas.*
>
> *5. En la etapa de ejecución.*
>
> *Art. 293.- Comparecencia. Las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, con excepción que se haya designado una o un procurador judicial o procurador común con cláusula especial o autorización para transigir, una o un delegado en caso de instituciones de la administración pública o se haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología.*
>
> *Las partes, por una sola vez y de mutuo acuerdo, podrán diferir la audiencia y se fijará nuevo día y hora para su celebración.*

8.5 Respecto de la denunciada indebida aplicación el artículo 87.1 del COGEP, debe estimarse que, dicha norma legal establece, en su numeral 1, que el efecto de la falta de comparecencia de la parte actora, a una audiencia, debe entenderse como abandono, no obstante, cuando la parte actora está presente en la audiencia sin su defensor, debe convocarse

a una nueva audiencia.

En el caso, el Tribunal de instancia ha tomado la decisión de aplicar la disposición, considerando que la inasistencia de la parte actora, por las razones que obran en el fallo recurrido, se entiende como abandono, así lo declaran; arguyendo asimismo que, al tratarse de audiencia preliminar, no es procedente la aplicación de lo que dispone el artículo 36 de la misma Ley, tanto más que el artículo 293 del COGEP (denunciado como erróneamente interpretado por el casacionista) establece la obligación que tienen las partes de concurrir personalmente a la audiencia, salvo cuando hayan designado procurador judicial o procurador común, con cláusula especial para transigir, o se haya autorizado la comparecencia por videoconferencia u otro medio de comunicación tecnológico. Dice el Tribunal de instancia que los casos previstos en el artículo 247 del COGEP, ciertamente son distintos al que trae el artículo 87, ya que este, norma la falta de asistencia del accionante a la audiencia preliminar. Bajo estos aspectos señala el recurrente. que dejó de aplicarse al caso el artículo 274 del COGEP que establece que no procede el abandono en los casos de las acciones subjetivas o de plena jurisdicción.

Bajo este lineamiento resulta indispensable que la Sala se remita primeramente a establecer que el artículo 247 del COGEP, establece los casos en los que el abandono de la causa es improcedente y, en su numeral 4 contempla de manera expresa e imperativa que en las acciones contencioso administrativas de carácter subjetiva, llamada también de plena jurisdicción, es improcedente el abandono. En el caso, es claro, así se deprende de la demanda, que la pretensión de la parte actora es de que se deje sin efecto una resolución administrativa expedida por la entidad pública demandada, la cual conforme el artículo 326.1 del COGEP, se trata de una indudable acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva; respecto de las cuales, la Ley, ha estimado la improcedencia del abandono, sin que disposición alguna haya hecho excepción alguna para que no opere esta prohibición imperativa de la norma; de lo cual se infiere que el Tribunal de instancia inaplicó dicha disposición, habiendo aplicado indebidamente el artículo 87.1 del COGEP, al estimar que esta norma no está contenida en la prohibición indicada; tanto más que no se aprecia que el artículo 247 es disposición de orden orgánica expedida con posterioridad a la entrada en vigencia del COGEP.

Se estima igualmente que, el artículo 293 del COGEP, debe ser interpretado siempre de modo

sistemático, en los casos relacionados con las acciones subjetivas, entendiendo precisamente, el contenido del artículo 247 de esa Ley, a fin de que se lo pueda dar el rigor jurídico que trae la disposición.

De lo expuesto, se colige con claridad que, habiéndose justificado la existencia de la causal y yerros a los que hemos referido, es procedente el recurso de casación.

10.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta** el recurso de casación interpuesto por la ASOCIACIÓN CONSULTORA ARTELIA VILLE ET TRANSPORT GEODATA ENGINEERING ADEPLAN CIA. LTDA. INGECONSULT CIA. LTDA. (Consorcio AGIA), y por tanto **CASA** el auto de 18 de enero de 2021, 10h26, dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja; y, en aplicación de lo que ordena el artículo 273.1 del COGEP, se dispone remitir el proceso al mencionado Tribunal, a fin de que previo el sorteo pertinente, otros jueces, convoquen a audiencia preliminar y continúen con la tramitación de la causa, conforme a la Ley.- Actúe la Secretaria Relatora del proceso.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.-

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

Firmado electrónicamente por:
NADIA FERNANDA ARMIJOS CARDENAS
Validar únicamente con FirmaEC



Mgs. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

ML/MG

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.