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

17741-2014-0263, 09801-2013-0569, 01803-2018-00369, 09802-2018-00379, 17811-2019-00438

Año I - Nº 56 - 63 páginas
Quito, viernes 13 de marzo de 2026

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION 717-2021

158185553-DFE

Juicio No. 17741-2014-0263

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

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 10 de septiembre del 2021, las 10h56. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Enrique Velásquez Díaz fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución Në 8-2021 de 28 de enero de 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, siendo ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 el 15 de noviembre de 2019, y posteriormente fueron designados por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia como Jueces Nacionales encargados. **c)** conforme lo establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 04-2021 y considerando la nueva integración de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se dispuso el resorteo total de los procesos judiciales; **d)** el 15 de marzo de 2021 se resorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por los Jueces Nacionales Milton Enrique Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, éste último en calidad de Juez Ponente, conforme consta en el acta agregada al proceso; **e)** somos competentes para resolver la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca expidió sentencia el 25 de marzo de 2014, dentro de la causa No. 0584-2012 (numeración anterior) seguido por el Procurador Judicial de las señoras Martha Susana Alvarracín Álvarez, Lucía Catalina Cedillo Flor y Silvia Narcisa Alvarracín Álvarez en contra del Ministro del Deporte y del Procurador General del Estado, en la que se resolvió rechazar la demanda.

1.2.- El Procurador Judicial de las señoras Martha Susana Alvarracín Álvarez, Lucía Catalina Cedillo Flor y Silvia Narcisa Alvarracín interpuso recurso de casación en contra de le referida sentencia, fundamentándose para el efecto en las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.3.- El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 23 de junio de 2015 admitió a trámite el mencionado recurso de casación exclusivamente por las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

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

3.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver. - El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 25 de marzo de 2014 por el Tribunal de instancia adolece de los yerros acusados por el recurrente; esto es: con cargo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, la sentencia recurrida ha adoptado decisiones contradictorias; y, con cargo a la causal primera, aplicación indebida del artículo 125 de la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación, del artículo 71 del Reglamento General a la citada Ley, del artículo 73 del ERJAFE y del artículo 7.20 del Código Civil. De comprobarse dichos errores se casará la sentencia recurrida y se emitirá la sentencia que en derecho corresponda.

IV.- ANÁLISIS

4.1.- Con cargo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber adoptado decisiones contradictorias. Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista transcribe la parte pertinente del considerando undécimo de la sentencia recurrida y a continuación manifiesta: ª *Para el Tribunal A quo, el compareciente en calidad de Procurador Judicial hizo bien en presentar demanda en contra de la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Deporte, lo que motiva @o es procedente la excepción planteada©es decir se niega la excepción de falta de ilegitimidad de personería pasiva. Sin embargo, en la consideración DUODÉCIMA se dice*: ¼º. Luego de transcribir la referida consideración DUODÉCIMA el casacionista manifiesta: ª *Existe vicio de incongruencia en el fallo, entre la consideración UNDÉCIMA y DUODÉCIMA, del simple análisis de las pasajes del fallo cuestionado descrito en líneas anteriores, se puede demostrar la inconsistencia acusada que hace dilucidar el vicio alegado. Insisto, existe manifestación opuesta, en cuanto en la consideración UNDÉCIMA se niega la excepción de ilegitimidad de personería pasiva, para de inmediato, en la consideración DUODÉCIMA proceder a analizar que se debe entender por legítimo contradictor, y rechazar la demanda por la excepción de ilegitimidad de personería pasiva*º.

Corresponde entonces que esta Sala Especializada de casación determine si el vicio de contradicción está o no presente en la sentencia recurrida. En primer lugar es necesario señalar que la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación en que se fundamenta este recurso, textualmente dispone: ª¼ *o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles*º; es decir, la contradicción debe estar presente en la parte dispositiva del fallo, mas sin embargo, en el presente recurso el casacionista aduce que ha habido una contradicción entre los considerandos undécimo y duodécimo del fallo recurrido, y nada dice el recurrente respecto a la parte dispositiva. Olvida mencionar el recurrente en su recurso que la razón por la cual el Tribunal de instancia resolvió rechazar la demanda está expuesta en el ªconsiderando décimoº del fallo recurrido, que es donde realmente se analiza la improcedencia del silencio administrativo que fue pretendido por las actoras del juicio en su acto de proposición, y en lo fundamental, el rechazo de la demanda tiene que ver con la vigencia de la ley en el tiempo, y no con la ilegitimidad de personería como aduce el casacionista en su recurso, evidenciándose de esta manera que el recurrente no ha logrado demostrar la trascendencia del vicio acusado toda vez que los considerandos en los cuales el recurrente aduce que existe contradicción, de ninguna manera constituyen la *ratio decidendi* del fallo recurrido. En efecto, en los considerandos undécimo y duodécimo el Tribunal de instancia analiza y resuelve respecto a la excepción planteada por la Procuraduría General del Estado que tiene que ver con la ilegitimidad de personería pasiva, debiendo advertirse que en dichos considerandos se ha resuelto respecto a una de las excepciones planteadas por la institución pública demandada, pero en ninguno de estos considerandos el Tribunal de instancia analizó el verdadero asunto controvertido, que era el de determinar si en el presente caso operó o no el silencio administrativo positivo.

En el ámbito casacional uno de los elementos de procedencia determinantes del recurso de casación, se remite al principio de ªtrascendenciaº, el cual se refiere a que el vicio acusado debe revestir de significativa relevancia en la decisión del fallo; de tal manera, que al configurarse el mismo la decisión del fallo resultare distinta. Al respecto, es propicio reproducir las siguientes citas jurisprudenciales: ª*No es materia de casación cualquier error de derecho, sino únicamente aquellos que por su trascendencia tenga influencia decisiva en el fallo, como manda nuestra ley; que hayan sido determinantes en su parte dispositiva*¼º (Gaceta Judicial XVI, No. 2, página 256, Merino vs Pilicita). ª*Los errores sin trascendencia no son causal para para casar el fallo, sino aquellas violaciones a la ley que tengan repercusiones al desviar a la justicia de su camino*º. (Resolución No, 89-2001 de 02 de marzo de 2001, juicio No. 168-98). En la especie, no se ha logrado evidenciar la relevancia del vicio de contradicción que motiva este recurso de casación, puesto que ha quedado evidenciado que la supuesta contradicción alegada por el casacionista se habría producido en los considerandos en que el Tribunal de instancia analizó la excepción de ilegitimidad de personería pasiva, que no son aquellos en los que el Tribunal de instancia resolvió el asunto controvertido

(silencio administrativo positivo, que fue analizado por el Tribunal de instancia en otro considerando); y por consiguiente, la incidencia del vicio acusado en la parte resolutiva de la sentencia recurrida resulta intrascendente toda vez que el referido yerro, si existiese, no hubiese modificado la decisión y contenido del fallo recurrido en ningún punto, deviniendo en improcedente el recurso por este extremo.

4.2.- Con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de casación, el recurrente acusa a la sentencia de haber aplicado de forma indebida el artículo 125 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, sin que se haya especificado a cuál de las codificaciones de esta ley se refiere; del artículo 71 del Reglamento a la citada Ley; del artículo 73 del ERJAFE; y del artículo 7.20 del Código Civil; todo lo cual habría conducido a la falta de aplicación del artículo 66.23 de la Constitución y del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Al fundamentar el recurso por esta causal el casacionista manifiesta: ª *El Tribunal A quo considera que la petición de fecha 28 de junio de 2012 de mis mandantes, tiene que ser entendida al alcance de lo dispuesto en el art. 125 de la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación del año 2010, y art. 71 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Deporte, publicado el 1 de abril del 2011. Cabe precisar que las peticiones administrativas de mis mandantes MARTHA SUSANA ALVARRACIN ÁLVAREZ, SILVIA NARCISA ALVARRACIN ÂLAVAREZ y LUCIA CATALINA CEDILLO FLOR, tiene como antecedente el año 2005, cuando estaba vigente la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación de dicho año, que en su art. 56 regulaba el establecimiento de una pensión vitalicia (¼) Existe INDEBIDA APLICACIÓN por cuanto el Tribunal A quo, entiende bien la norma, PERO LA APLICA A UN CASO EQUIVOCADO, constituye insensato el querer aplicar la norma que regula la irretroactividad de la Ley, respecto de la ©sustanciación y ritualidad de los juicios© para peticiones administrativas realizadas por mis mandantes, es incongruente entonces exigir el cumplimiento de normas, reglas y requisitos de una Ley posterior PARA UNA SOLICITUD ADMINISTRATIVA ANTERIOR (¼) el informe previsto en el artículo 73 del ERJAFE, ya existía y era favorable a mis mandantes, y ante la decisión del Ministro de Deporte de revocarlos, se presenta solicitud administrativa sustentada en el derecho humano de petición para que se los mantenga (¼) Es indudable que el Tribunal A quo, por la aplicación indebida de normas de derecho procede con hermandad a realizar la falta de aplicación del art. 66 numeral 23 de la Constitución de la República y el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada¼ º*. De la fundamentación transcrita se observa que son varios los argumentos del casacionista, por lo que corresponde analizar cada uno de ellos por separado.

4.2.1.- El recurrente aduce que su petición de fecha 28 de junio de 2012 tiene como antecedente las

solicitudes presentadas en el año 2005, por lo que existe indebida aplicación del artículo 125 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación (que fue promulgada en al año 2010), así como del artículo 71 de su Reglamento de aplicación (que fue promulgado en el año 2011), ya que a criterio del casacionista, la norma que se debía aplicar al presente caso es la vigente al año 2005.

Respecto a la referida fundamentación es preciso señalar que las accionantes, hoy recurrentes, en su escrito de demanda (fojas 1 a 4 del proceso) de manera expresa señalan que han obtenido medallas de oro en el campeonato efectuado el 13 de noviembre de 1989. Agregan las accionantes en su demanda que en el año 2005 han presentado requerimientos para que se les otorgue una pensión vitalicia por las medallas obtenidas en el año 1989, pedido éste que ha sido actualizado el 30 de agosto de 2011 y el 28 de junio de 2012; y, que con oficio No. MD-MD-2012-6338 de fecha 02 de octubre de 2012 el Director de Deportes del Ministerio de Deportes le ha hecho conocer el informe técnico en el que se realizó el análisis del referido pedido, en base a lo cual las accionantes afirman que se ha producido el silencio administrativo positivo a su favor.

Es preciso señalar que a la fecha en que las accionantes han obtenido sus medallas de oro (año 1989), el cuerpo normativo que se encontraba en vigencia es la Ley de Educación Física, Deportes y Recreación, publicada en el Registro Oficial No. 556 de 31 de marzo de 1978. Analizada que ha sido la Ley que se encontraba vigente a la fecha en que las accionantes han obtenido sus medallas de oro, se verifica que no contempla disposición alguna referente a pensiones vitalicias. Posteriormente, en el Registro Oficial No. 436 de 14 de mayo de 1990 apareció publicada la Codificación a la referida Ley de Educación Física, Deportes y Recreación, que tampoco ha previsto norma alguna referente a pensiones vitalicias. El 13 de marzo de 1992, a través del Registro Oficial No. 893, el Plenario de las Comisiones Legislativas del entonces Congreso Nacional emitió una norma infralegal (Decreto Legislativo No. 5) en el que se estableció una pensión vitalicia para los medallistas que hayan alcanzado presea de oro en los juegos sudamericanos, panamericanos, y olímpicos. El referido Decreto Legislativo fue reformado con otro Decreto Legislativo, publicado en el Registro Oficial No. 308 de 30 de abril de 1998, en el que se realizan algunas especificaciones sobre los beneficiarios y sobre el procedimiento. Los montos de las pensiones vitalicias fueron reformados y revalorizados a través del Decreto Legislativo No. 2002-69 publicado en el Registro Oficial 572 de 09 de mayo de 2002. Es en el año 2005 cuando por primera vez se regula, a través de una Ley, el otorgamiento de pensiones vitalicias como un derecho de los deportistas que hayan obtenido medallas de oro. En efecto, con la Ley No. 07, publicada en el Registro Oficial No. 79 de 10 de agosto de 2005, se expidió la Ley de Cultura, Deportes y Recreación, en cuyo artículo 56 se establece que la Secretaría Nacional de Cultura Física, Deportes y Recreación es la encargada de solicitar al Presidente de la República la asignación de pensiones vitalicias a favor de los deportistas que hayan obtenido preseas de oro en los

juegos y campeonatos individualizados en esta norma, para lo cual se requiere previamente de los informes favorables de los Comités y/o Federaciones determinados en esta norma. Esta Ley fue reformada con el suplemento del Registro Oficial No. 255 publicado el 11 de agosto de 2010, en donde se mantiene el derecho a las pensiones vitalicias pero se especifica el tipo de preseas que pueden acceder a este beneficio. Finalmente es preciso señalar que el Capítulo III del Título VIII de la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación referente a las pensiones vitalicias, fueron derogadas expresamente a través de la Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Reconocimiento Público del Estado en las Áreas Cultural, Científica y Deportiva, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 441 de 20 de febrero de 2015, con lo cual las pensiones vitalicias por la obtención de medallas de oro desaparecieron del mundo jurídico.

De la referencia cronológica detallada en el párrafo inmediato anterior se colige con claridad que para la fecha en que las hoy recurrentes obtuvieron sus medallas de oro (año 1989) no existía norma legal alguna que reconozca una pensión vitalicia por ese hecho. Solamente cuando se expidió la norma que creó el derecho a percibir la mencionada pensión vitalicia (Ley de Cultura, Deportes y Recreación de 10 de agosto de 2005) las hoy recurrentes presentaron sus solicitudes para acceder a ese beneficio, pretendiendo con ello otorgar a dicha Ley un efecto retroactivo a fin de beneficiarse de una pensión vitalicia por un hecho sucedido dieciséis (16) años antes. Y no solo eso, sino que además pretenden obtener un beneficio económico que en la actualidad está expresamente derogado.

En este punto resulta pertinente citar al autor Santiago Carretero que sobre el tema de irretroactividad indica: ª *Aunque la retroacción de una norma puede producir efectos beneficiosos no son pocas las demandas que piden la aplicación de la norma nueva a relaciones y situaciones jurídicas en curso, nacidas bajo un régimen jurídico anterior (¼) De siempre la ley se promulgó para las situaciones futuras, las que todavía no habían acontecido, ello era lógico, porque por mucha previsibilidad que hubiera, el primer caso no pudiera estar regulado en su totalidad, conforme la complejidad social avanza¼* º [1]. Queda claro entonces que la ley dicta reglas o disposiciones para lo porvenir, y por tanto, el legislador no puede establecerlas para lo pasado, y disponer sobre hechos regidos por leyes anteriores. En tal virtud, toda ley nueva que no tenga fuerza retroactiva por expresa voluntad del legislador, por sí misma no extiende su autoridad sobre todo aquello que haya ya pasado en el momento en que empieza a estar en vigor.

Consecuente con los criterios doctrinarios antes expuestos, la Corte Constitucional dictó la sentencia No. 026-10-SCN-CC de 23 de Septiembre de 2010 en la que determina lo siguiente: ª *Uno de los principios más elementales que guían la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que*

1 Carretero Sánchez, Santiago. El Principio de la Irretroactividad y su Dimensión Práctica en La practicidad de los principios generales del Derecho. 1ra. Ed.: Tirant lo Blanch, 2020.

ésta sólo rige para lo venidero, y sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. Desde los canonistas antiguos, como Pedro Lombardo, se consideraba que para que una ley fuese retroactiva, debía tener unas razones muy especiales que ameritaran tal efecto extraordinario. La irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares como lo es la República del Ecuador. (¼) en nuestro ordenamiento constitucional el principio de la irretroactividad se entiende como un planteamiento básico de la organización jurídica del Estado, pues la seguridad de los ciudadanos y la propia equidad exigen que las situaciones creadas al amparo de la anterior norma se conserven¼ º. En la misma línea, en sentencia No. 384-17-SEP-CC de 13 de diciembre de 2017 la Corte Constitucional determinó lo siguiente: *ª¼ la irretroactividad de la ley es un principio jurídico por el cual se restringe la posibilidad de que una norma regule situaciones pasadas a su entrada en vigencia. Por lo tanto, la consecuencia jurídica de otorgar efecto retroactivo a una norma es, sin lugar a duda, una vulneración del derecho a la seguridad jurídica, pues ninguna persona podría actuar con certeza al desconocer que sus actos pasados pueden originarle consecuencias futuras que, al momento de realizarlos no eran conocidos, circunstancia que constituiría una flagrante trasgresión a las garantías de estabilidad, previsibilidad y certeza normativaº*. Concordantemente, la ex Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 6107-99 señaló: *ª El principio de irretroactividad de la ley, debe entenderse en el sentido de que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen conforme a las reglas vigentes al momento de constituirse esos vínculos, en virtud de la certeza que debe imperar en el ordenamiento, de modo que los administrados puedan saber a qué atenerse en las relaciones con el Poder Público. Esto significa que el Estado no puede aplicar válidamente hacia el pasado normas jurídicas posteriores para resolver situaciones acontecidas con anterioridad al dictado de dichas normasº* (Corte Constitucional, 2017).

De la doctrina y jurisprudencia antes citas se evidencia que la Ley posterior (año 2005) no podía ni debía regular los hechos sucedidos en el año 1989, que es la fecha en que las accionantes obtuvieron las medallas de oro.

Cabe mencionar que por excepción la ley podría dar efecto retroactivo a una disposición concreta, pero es necesario puntualizar que en la ley analizada no hay ninguna disposición que le dé ese efecto.

4.2.2.- Con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación las casacionistas aducen que en la sentencia recurrida existe indebida aplicación del artículo 125 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación; así como del artículo 71 de su Reglamento de aplicación. En tal virtud, era obligación de las casacionistas fundamentar y explicar los motivos por los cuales consideran que las referidas normas legal, reglamentaria y estatutaria no debían ser aplicadas en el presente caso para resolver el asunto litigioso.

Se observa que en la página 23 del escrito contentivo del recurso (foja 267 del proceso), las recurrentes manifiestan lo siguiente: ª *El Tribunal A quo considera que la petición de fecha 28 de junio de 2012 de mis mandantes, tiene que ser entendida al alcance de lo dispuesto en el art. 125 de la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación del año 2010, y art. 71 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Deporte, publicado el 1 de abril del 2011*º. Adviértase que las casacionistas cuestionan ª el alcanceº que el Tribunal *A quo* ha otorgado al artículo 75 de la citada Ley y al artículo 71 de su Reglamento; es decir, las recurrentes consideran que el Tribunal de instancia ha otorgado a las referidas normas un alcance distinto al que realmente tienen; es decir, las casacionistas están denunciando a la sentencia recurrida de haber incurrido en una errónea interpretación de esas normas; aspecto éste que solamente podía ser invocado al amparo de otro vicio, distinto al que sirvió de fundamento para este vicio. Hay que recordar que los vicios previstos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación son autónomos e independientes toda vez que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí.

Más adelante y con el ánimo de fundamentar la indebida aplicación del artículo 125 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, así como del artículo 71 de su Reglamento de aplicación, las recurrentes de manera escueta señalan: ª *La aplicación indebida de la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación y su Reglamento General de Aplicación, hacen entender al Tribunal A quo que el otorgamiento de la pensión vitalicia es un acto administrativo complejo, lo que le remite al art. 73 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*º. Más allá de lo antes transcrito no existe ejercicio argumentativo adicional alguno que permita a este Tribunal de casación conocer los motivos jurídicos por los cuales las referidas normas jurídicas no debían ser consideradas ni aplicadas por el Tribunal de instancia como se afirma en el recurso, toda vez que las casacionistas se han limitado a señalar que esas normas han sido indebidamente aplicadas.

La actividad del organismo jurisdiccional de casación se mueve por el impulso de la voluntad del recurrente, quien en la fundamentación del recurso condiciona la actividad del juzgador al poner límites del debates casacional. Dado el carácter de extraordinario del recurso, por la limitación de los medios de que es lícito valerse al utilizarlo e interponerlo, el numeral 4 del artículo 6 de la Ley de Casación establece la obligación del recurrente de fundamentar adecuadamente el recurso, lo que constituye norma formularia a la que es indispensable ajustar el escrito en el que se interpone el recurso, lo cual responde a la necesidad de que se señale de modo preciso los motivos por los cuales se acusa a la sentencia de determinado vicio, ya que con ello se fija los términos dentro de los que se ha de desarrollar el litigio entre el recurrente y la sentencia que por su intermedio se combate, situaciones éstas que han sido inobservadas al momento de formular el presente recurso, por lo que se lo desecha por este extremo.

4.2.3.- Con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación las recurrentes aducen que la sentencia recurrida incurre en el vicio de indebida aplicación del numeral 20 del artículo 7 del Código Civil, norma ésta que dispone: ª *Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:¼ 20a. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente*º .

Al fundamentar el recurso por este vicio las casacionistas señalan: ª¼ *constituye insensato el querer aplicar la norma que regula la irretroactividad de la Ley, respecto de la ©sustanciación y ritualidad de los juicios© para peticiones administrativas realizadas por mis mandantes, es incongruente entonces exigir el cumplimiento de normas legales, reglas y requisitos de una Ley posterior PARA UNA SOLICITUD ADMINISTRATIVA ANTERIOR*º . Al respecto se debe señalar que para determinar si a las accionantes les asistía o no el derecho a percibir las pensiones vitalicias reclamadas, el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida ha realizado el correspondiente análisis de la norma que correspondía aplicar a fin de solucionar el asunto controvertido, para lo cual ha decidido aplicar la norma que regula los efectos de la ley en el tiempo que está prevista en el artículo 7 del Código Civil, que en su inciso primero dispone: ª *La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo*º . En virtud de que la *ratio decidendi* del fallo recurrido está directamente relacionado con el conflicto que ha surgido entre una ley anterior y una posterior, esta Sala de casación coincide con el criterio del Tribunal de instancia en el sentido de que se debían aplicar al caso concreto las reglas previstas en el citado artículo 7 del Código Civil, sin que el recurrente haya logrado demostrar los motivos por los cuales el Tribunal de instancia estaba imposibilitado de considerar las referidas reglas que regulan la aplicación de las normas en el tiempo, y sin que se haya demostrado la indebida aplicación de la norma que se consideró infringida, por lo que se desecha el recurso por este extremo.

4.2.4.- Con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación las accionantes acusan a la sentencia recurrida del vicio de indebida aplicación del artículo 73 del ERJAFE, norma ésta que dispone: ª *MORA EN EMITIR INFORMES TECNICOS.- De conformidad con la Ley de Modernización, si por expresa disposición de la ley o reglamento se condicione la adopción de una disposición a la realización de evaluaciones técnicas por parte de determinados órganos o entidades y los mismos no realizaren los actos necesarios dentro del período prefijado en la ley o reglamento, o en su ausencia, dentro de los siguientes treinta días hábiles a partir de la recepción del pedido respectivo, el responsable del procedimiento administrativo o el propio administrado interesado en dicho procedimiento podrá solicitar que las mencionadas evaluaciones técnicas las lleve a cabo otra*

*entidad u órgano de la administración pública o centros universitarios o politécnicos dotados de la suficiente capacidad técnica para realizar el informe o la evaluación*º .

Para fundamentar el recurso por este vicio las casacionistas señalan: ª *En definitiva el informe previsto en el art. 73 del ERJAFE, ya existía y era favorable a mis mandantes, ante la decisión del Ministerio del Deporte de revocarlos, se presentó solicitud administrativa sustentada en el derecho humano de petición para que se los mantenga. Constituye aplicación indebida de la norma por cuanto el Tribunal A Quo entiende bien a la disposición jurídica, pero la aplica de manera indebida al caso objeto de resolución, pues pretende de manera equivocada sostener que el término para la manifestación de la voluntad de la Administración Pública era de 30 días y no de 15*º . Nótose que en lo fundamental el argumento por el cual las recurrentes consideran que ha existido una indebida aplicación del artículo 73 del ERJAFE, es debido a que el Tribunal de instancia sostiene que el término para la manifestación de la voluntad de la administración pública era de treinta días y no de quince días.

Al respecto se debe señalar que la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere de manera exclusiva a la violación de normas sustantivas de derecho; mas sin embargo, al momento de fundamentar el recurso las casacionistas se han remitido a asuntos netamente procedimentales (adjetivos), lo que resulta improcedente. Si las casacionistas consideraban que existía algún vicio procedimental entonces debían encuadrar su recurso en la causal que permita el análisis de esos asuntos procedimentales; sin embargo de lo cual, las casacionistas en formulado su recurso en base a una causal que solamente permite el análisis de normas sustantivas de derecho. Sobre el particular el tratadista Santiago Andrade Ubidia ha señalado lo siguiente: ª *Quizá con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación. Así se ha resuelto*º (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 282). En virtud del principio dispositivo que rige este tipo de recursos extraordinarios, y al ser el mismo formal y estricto, esta Sala Especializada está imposibilitada de corregir el error detectado al momento de formular el recurso, sino que debe rechazarlo por este extremo, por indebidamente fundamentado.

V.- DECISION

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte

Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,** rechaza el recurso de casación interpuesto por el Procurador Judicial de las señoras Martha Susana Alvarracín Álvarez, Lucía Catalina Cedillo Flor y Silvia Narcisa Alvarracín; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 25 de marzo de 2014, a las 8h02, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION 718-2021

158196021-DFE

Juicio No. 09801-2013-0569

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

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 10 de septiembre del 2021, las 11h47. **VISTOS:** Agréguese al proceso el escrito presentado por la señora Heidy Priscila León Santín el 20 de mayo de 2019 con el que contestó al recurso de casación interpuesto en la presente causa. Incorpórese también el proceso los escritos y anexos presentados por la misma señora Heidy Priscila León Santín el 6 y 29 de julio; el 4, 11 y 17 de noviembre, y el 03 de diciembre de 2020; así como los anexos y escritos presentados el 15 de abril y 21 de mayo de 2021. Considérese lo señalado en dichos escritos, en lo que fuere pertinente.

Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Velásquez Díaz fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución Në 8-2021 de 28 de enero de 2021; **b)** Patricio Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018, siendo ratificados por el artículo 2 de la resolución 187-2019 el 15 de noviembre de 2019, y posteriormente fueros designados como Jueces Nacionales encargados mediante las correspondientes designaciones suscritas por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. **c)** conforme lo establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 04-2021 y considerando la nueva integración de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se dispuso el resorteo total de los procesos judiciales; **d)** el 15 de marzo de 2021 se resorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por los Jueces Nacionales Milton Enrique Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, éste último en calidad de Juez Ponente, conforme consta en el acta agregada al proceso; **e)** somos competentes para resolver la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil expidió sentencia el 12 de septiembre de 2018, dentro de la causa No. 09801-2013-0569 seguido por la señora Heidy Priscila León Santín en contra del Consejo de la Judicatura, en la que resolvió aceptar la demanda, declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, disponiendo además el reintegro de

la actora a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

1.2.- El Consejo de la Judicatura solicitó aclaración y ampliación de la sentencia, pedido éste que fue negado con auto de 03 de octubre de 2018.

1.3.- El Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del representante legal del Consejo de la Judicatura interpuso recurso de casación en contra de le referida sentencia, fundamentándose para el efecto en las causales primera, segunda y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 14 de mayo de 2019 admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Consejo de la Judicatura, exclusivamente por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver. - El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2018 por el Tribunal de instancia adolece del yerro acusado por la institución pública recurrente (falta de motivación). De comprobarse dicho error de derecho se dictará la sentencia de mérito que corresponda, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación

III.- ANÁLISIS

3.1.- Con cargo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación el recurrente acusa a la sentencia del vicio de falta de motivación. Sobre el particular, la Corte Constitucional en su sentencia No. 12-13-EP/20 de 08 de enero de 2020, párrafo 38, determina lo siguiente: ª*motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones*º. En esta línea, la Corte Constitucional sostiene que la motivación ª*en ningún caso, supone un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos (¼) ni una agotadora explanación de argumentos y razones*º (Corte Constitucional sentencia No. 1128-13-EP/19 de 10 de septiembre de 2019; sentencia 1892-13-EP/19 de 10 de septiembre de 2019). También se debe recordar que la Corte Constitucional ha determinado que la motivación no habilita una revisión de los méritos de la decisión (Corte Constitucional sentencia No. 1906-13-EP/20 de 05 de agosto de 2020).

Con las precisiones antes descritas, este Tribunal de casación observa que la sentencia recurrida (fojas 3604 a 3609 del proceso) tiene la siguiente estructura: En la primera parte consta los fundamentos de hecho y de derecho que el actor ha detallado en su demanda; y a continuación constan los argumentos expuestos en la contestación a la demanda presentada por el Consejo de la Judicatura, citándose las excepciones planteadas por la institución pública demandada. Luego, en los considerandos primero, segundo y tercero el Tribunal de instancia cita las normas constitucionales y legales referentes a la competencia, validez del proceso y la calificación del tipo de acción propuesta. En el considerando cuarto de la sentencia recurrida consta el análisis de cada una de las excepciones planteadas, así como la resolución de todas esas excepciones. En el considerando quinto se identifica el acto administrativo impugnado y se citan normas constitucionales y legales, así como doctrina, respecto al alcance del control de legalidad que debe ejercer el juzgador en esta causa. En el considerando sexto el Tribunal de instancia analiza las pruebas solicitadas y practicadas durante el correspondiente período de prueba y realiza el correspondiente análisis de los hechos relevantes. Finalmente, en los considerandos séptimo y octavo se citan y analizan las normas constitucionales y legales respecto a la competencia del Consejo de la Judicatura para la declaratoria de manifiesta negligencia, así como de la normativa que establece las causales de nulidad, explicando la pertinencia de su aplicación al caso específico y los motivos por los cuales se resolvió declarar la nulidad de la resolución de destitución impugnada.

Se observa entonces que la estructura de la sentencia recurrida es clara, coherente y acorde a lo que la técnica motivacional exige para este tipo de decisiones judiciales, toda vez que analiza los hechos y aplica las normas pertinentes aplicables a los antecedentes del caso, de forma razonable y lógica, utilizando un lenguaje accesible. De la lectura de la sentencia recurrida su puede identificar claramente el camino que siguió el Tribunal de instancia hasta llegar a la conclusión, sin que en dicho trayecto se haya detectado algún tipo de contradicción o incompatibilidad. En este orden de ideas, este Tribunal de casación encuentra que la sentencia recurrida cumple con el estándar mínimo de motivación.

3.2.- Para fundamentar el recurso por el vicio acusado el recurrente cita normativa y doctrina sobre la motivación y señala la importancia de que las decisiones judiciales se encuentren debidamente motivadas. Más adelante el casacionista se remite a los parámetros que la Corte Constitucional utilizaba anteriormente a fin de determinar si una resolución se encontraba debidamente motivada: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. A continuación el recurrente transcribe la parte del considerando séptimo de la sentencia recurrida en donde el Tribunal de instancia se pronuncia sobre la incompetencia del Consejo de la Judicatura para inmiscuirse en asuntos netamente jurisdiccionales, y sobre el particular el casacionista manifiesta: ª *Lo señalado se contrapone a la normativa aplicable para la sustanciación y resolución de los sumarios disciplinarios respecto a las competencias y*

atribuciones que tiene el Consejo de la Judicatura como órgano de control y disciplina de la Función Judicial establecidos en los siguientes artículos del Código Orgánico de la Función Judicial y Constitución de la República del Ecuador¼ °. Luego de transcribir varias normas referentes a la competencia del Consejo de la Judicatura para sustanciar los procedimientos disciplinarios (y sin volver a referirse a dicha normativa más adelante en el recurso), el casacionista manifiesta: ª *Señores Jueces, los miembros del Tribunal Contencioso hicieron caso omiso de varios hechos y argumentos demostrados tanto en el sumario disciplinario como en el proceso judicial, y en consecuencia, al momento de emitir la sentencia que está siendo impugnada no han explicado motivadamente el porqué de su decisión, pues es necesario enfatizar que se evidenció que la ex Fiscal hoy actora, incumpliendo con sus deberes y obligaciones como servidora judicial no investigó ni dispuso diligencia alguna a fin de determinar la responsabilidad de dos de los investigados¼ °*. Más adelante en el recurso el casacionista hace referencia a las circunstancias y hechos que motivaron la destitución de la Fiscal sumariada, señalando que al emitirse la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha omitido valorar ciertas pruebas, y es así que el recurrente aduce que: ª *La Fiscal hoy actora (sic) no continuó con la investigación fiscal que debía realizar, la misma que habría permitido recopilar los elementos de convicción necesarios para completar la investigación, asumió una conducta pasiva en contraposición a lo determinado en la ley, no practicó todas las investigaciones necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo (¼) Señores Jueces, la abogada Heidy Priscila León Santín, Fiscal de Delitos Sexuales de El Oro fue innegablemente responsable del cometimiento de la falta disciplinaria tipificada en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir, manifiesta negligencia al no haber realizado las investigaciones necesarias pues existían indicios de que la menor fue 0065plotada sexualmente por varias personas. Pero todos estos argumentos que fueron probados debidamente dentro del proceso judicial, no fueron acogidos y mucho menos analizados por los jueces del Tribunal Contencioso¼ °*.

3.3.- Como se puede observar en la fundamentación del recurso de casación respecto a la falta de motivación que ha sido acusada, el recurrente ha hecho referencia a varios aspectos, los cuales es necesario analizar por separado. **3.3.1.-** En lo referente a lo incompetencia del Consejo de la Judicatura para juzgar asuntos netamente jurisdiccionales, que fue determinado por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida, el casacionista se limita a señalar que las normas citadas en el referido fallo ª¼ *se contrapone a la normativa aplicable para la sustanciación y resolución de los sumarios disciplinarios respecto a las competencias y atribuciones que tiene el Consejo de la Judicatura como órgano de control y disciplina¼ °*, con lo cual queda revelado que el casacionista lejos de demostrar que la sentencia recurrida carece de razonabilidad, lógica y/o comprensibilidad, se ha limitado a mostrar su desacuerdo o discrepancia con lo resuelto por el Tribunal de instancia, lo que

obviamente no es materia de casación. **3.3.2.-** Entre los argumentos esgrimidos por el recurrente se señala que el Tribunal de instancia ª *al momento de emitir la sentencia que está siendo impugnada no han explicado motivadamente el porqué de su decisión*º. Corresponde entonces hacer el correspondiente cotejamiento entre el vicio acusado y la motivación constante en la sentencia recurrida; y, es así que se observa que en el considerando quinto, parte final del numeral 5.3, el Tribunal de instancia señala: ª *De conformidad con lo establecido en el Art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es necesario que el Tribunal determine si para la expedición del acto administrativo contenido en la decisión dictada el día 14 de mayo del 2013, dentro del expediente Disciplinario No. MOT-0761-UCD-012-PRS, mediante la cual se impuso la sanción de destitución a la doctora HEYDI (sic) LEÓN SANTÍN, del cargo de Agente Fiscal de la Fiscalía Provincial de El Oro, la entidad demandada, se sujetó o no al ordenamiento jurídico vigente, debiéndose analizar si la resolución impugnada, se encuentra incursa o no, en alguna causal de nulidad, o si el acto está incurso en alguna ilegalidad*º. En el considerando sexto de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia analiza las causas de nulidad previstas en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (falta de competencia y omisión de solemnidades sustanciales). En el considerando séptimo, numeral 7.1, el Tribunal de instancia confronta las funciones atribuidas al Consejo de la Judicatura en la Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial, con la argumentación constante en el acto administrativo impugnado, para en base al análisis correspondiente concluir que ª *en el sumario administrativo se está juzgando infracciones cometidas en el ejercicio de funciones eminentemente jurisdiccionales, ya que se analiza que la servidora sumariada se abstuvo de acusar en el proceso penal 100-2009-T (¼) Por lo tanto, bajo ningún argumento podía el Consejo de la Judicatura, hacer un análisis respecto de la actuación de la actora en relación a la investigación dentro del Proceso Penal No. 100-2009-T, puesto que lo hizo, bajo la potestad, que como Fiscal, tenía en esa época*¼º. Más adelante, en el considerando octavo de la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia cita y transcribe, entre otros, los artículos 124 y 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, para a continuación determinar lo siguiente: ª *De las normas recogidas se puede concluir que la competencia de calificar y determinar la existencia o no, de la manifiesta negligencia es privativa de los jueces, por tanto, el Consejo de la Judicatura, no tiene potestad en el ámbito administrativo, para declarar la existencia de manifiesta negligencia en las actuaciones jurisdiccionales*¼º. Lo transcrito evidencia que, a diferencia de lo aducido por el casacionista, en la sentencia recurrida efectivamente sí se explica motivadamente las razones por las cuales el Tribunal de instancia decidió declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, y lo ha hecho de una manera razonable y lógica. Cabe indicar que con fecha 29 de julio de 2020 la Corte Constitucional emitió la sentencia No. 3-19-CN/20, que resulta plenamente aplicable al caso *in examine*, en virtud de lo determinado en su decisorio 10 que señala: ª *La presente sentencia tendrá*

*efectos retroactivos exclusivamente en los casos de presentación anterior a la fecha de publicación de la presente sentencia, de una acción de protección u otra garantía constitucional o de una acción contencioso-administrativa por parte de un juez, fiscal o defensor público destituido por el CJ en aplicación del artículo 109 numeral 7 del COFJ, sin que previa a esta decisión administrativa se haya realizado una declaración jurisdiccional del supuesto dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable*º. La referida sentencia emitida por la Corte Constitucional en sus parágrafos 107 y 108 determina lo siguiente: ª *107.- En síntesis esta Corte Constitucional determina que, para la aplicación conforme a la Constitución del numeral 7 del artículo 109, solo un juez o tribunal puede declarar la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable de un juez o jueza, fiscal o defensor público. La facultad correctiva de los jueces establecida en el numeral 3 del artículo 131 numeral 3 (sic) del COFJ deberá, por tanto, entenderse como un requisito sine qua non para la aplicación conforme a la Constitución del numeral 7 del artículo 109 del COFJ.- 108.- Esta declaración jurisdiccional previa es indispensable como precondición a todo sumario administrativo por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, contra un juez o jueza, fiscal o defensor público, independientemente de si dicho sumario se inicia teniendo por antecedente una queja o denuncia, conforme con el COFJ y según los lineamientos contenidos en esta sentencia*º. Entonces, el máximo órgano de control de la constitucionalidad ha determinado que el Consejo de la Judicatura (autoridad administrativa) no podía ni debía declarar la manifiesta negligencia de un servidor judicial sin antes contar con la declaración jurisdiccional previa, emitida por autoridad judicial competente, que haya declarado tal manifiesta negligencia. En este sentido, analizado que han sido los recaudos procesales se constata que ni del cuaderno procesal ni del expediente administrativo se hace referencia alguna a la existencia de una declaración jurisdiccional previa emitida por autoridad judicial competente que haya declarado la manifiesta negligencia, como expresamente lo exige los artículos 125 y 131 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; y precisamente en ese sentido se pronunció el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida. **3.3.3.-** Otro de los argumentos expuestos en la fundamentación del recurso de casación es que el Tribunal de instancia ha omitido valorar los hechos que han sido demostrados en el sumario disciplinario y en el proceso judicial. Aduce el recurrente que se comprobó que la Fiscal sumariada no continuó con la investigación dentro del proceso penal asignada a dicha servidora judicial, agregando que la dicha Fiscal ª *no practicó todas las investigaciones necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo*º, para finalmente aseverar que todos esos hechos ª *que fueron probados debidamente dentro del proceso judicial, no fueron acogidos y mucho menos analizados por los jueces del Tribunal Contencioso¼*º. Adviértase que el casacionista ha omitido realizar el ejercicio argumentativo que correspondía al vicio acusado (falta de motivación del fallo recurrido), y en lugar de ello pretende que este Tribunal de casación se remita al expediente disciplinario y analice el acervo probatorio de la fase administrativa y de la fase judicial, olvidando

que la valoración de la prueba es una actividad ejercida de manera exclusiva por el Tribunal de instancia. Si el recurrente consideraba que de alguna manera se ha presentado una violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba en la sentencia recurrida, entonces debía formular su recurso en base a una causal distinta a la que sirvió de fundamento para este recurso. Sobre el particular el tratadista Santiago Andrade Ubidia ha señalado lo siguiente: ª *Quizá con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación. Así se ha resuelto*º (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 282). En virtud del principio dispositivo que rige este tipo de recursos extraordinarios, y al ser el mismo formal y estricto, esta Sala Especializada está imposibilitada de corregir el error detectado al momento de formular el recurso, sino que debe rechazarlo por este extremo, por indebidamente fundamentado.

V.- DECISION

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,** rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del representante legal del Consejo de la Judicatura; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil el 12 de septiembre de 2018, dentro de la causa No. 09801-2013-0569.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

160163732-DFE

Juicio No. 09801-2013-0569

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 5 de octubre del 2021, las 12h14. **VISTOS: a)** Con escrito presentado el 16 de septiembre de 2021, Ronald Fernando Verdesoto Gaibor, Director Nacional de Asesoría jurídica y delegado del Director General del Consejo de la Judicatura solicita la ampliación de la sentencia emitida el 10 de septiembre de 2021 dentro de la presente causa donde manifiesta; *º ¼ su autoridad no ha determinado quien o quienes son los funcionarios responsables de las irregularidades dentro del presente proceso; razón por la cual, solicito se sirvan ampliar la sentencia aludida respecto de quien o quienes han sido los funcionarios o autoridades administrativas responsables y su grado de responsabilidad en cuanto al egreso económico que deberá realizar la entidad accionadaº* . **b)** Con auto de 22 de septiembre de 2021, el Juez ponente corrió traslado a las partes para que se pronuncien sobre el referido pedido en el término de 48 horas, termino dentro del cual la señora León Santín Heidy Priscila señala *ª tengo que manifestar que la sentencia con fecha 10/09/2021 emitida por esta Sala, reúne los principios de coherencia, racionabilidad y motivación, por lo que la inconformidad de parte del Consejo de la Judicatura, no quiere decir que la misma carezca de motivación, ya que cumplen con los estándares mínimos de motivación y ha resuelto todos los problemas jurídicos de la parte casacionista ha solicitado en el recurso de casación, en consecuencia, solicito a su Autoridad se ratifique en la mismaº* , argumento ratificado en el escrito presentado con fecha 23 de septiembre de 2021.

Al respecto El artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo señala: ª *La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costasº* . En tal virtud es obligación del solicitante determinar con precisión qué punto controvertido se ha dejado sin resolución.

A fin de resolver sobre el citado recurso horizontal se considera:

Con respecto a la petición de ampliación de Ronald Fernando Verdesoto Gaibor, en su calidad de Director Nacional de Asesoría jurídica y delegado del Director General del Consejo de la Judicatura, el solicitante manifiesta que el Tribunal ha omitido resolver en cuanto a la determinación de cada uno de los funcionarios y del mismo modo sobre el grado de responsabilidad de éstos. Esta Sala Especializada mal haría en determinar dicha responsabilidad en virtud de que dichos funcionarios no intervinieron dentro del proceso judicial y a su vez dicho grado de responsabilidad no fue materia de litigio. En la sentencia constan analizados todos los yerros acusados por la entidad recurrente y los motivos jurídicos que llevaron a esta Sala Especializada a rechazar el recurso de casación interpuesto,

sin que haya algo que ampliar al respecto; en consecuencia, resulta improcedente que mediante un recurso horizontal se pretenda modificar o alterar dicho fallo, pues aquello está expresamente prohibido por la ley. En consecuencia el pedido de ampliación deviene en improcedente.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se niega la solicitud de ampliación presentada por Ronald Fernando Verdesoto Gaibor, Director Nacional de Asesoría jurídica y delegado del Director General del Consejo de la Judicatura.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora conforme la acción de persona No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION 722-2021

158210027-DFE

Juicio No. 01803-2018-00369

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 10 de septiembre del 2021, las 13h02.

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

VISTOS: Avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

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

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

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

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

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

I Antecedentes

1.1 El 16 de octubre de 2018, María Delgado Torres presentó una demanda contencioso administrativa en contra del Ministerio de Desarrollo, Urbanismo y Vivienda. Como pretensión, solicitó que se declare el incumplimiento del contrato No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018, de 11 de abril del 2018 y se disponga el pago del valor por los trabajos realizados, la reparación integral de los daños y perjuicios, honorarios y costas procesales, por una cuantía de USD $ 30,000.00 (treinta mil con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América). El conocimiento de dicha causa correspondió al Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.

1.2 Mediante sentencia de fecha 16 de enero de 2020, las 08h28, el referido tribunal aceptó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago de lo ejecutado por la contratista; rubro que se debería determinar pericialmente de acuerdo con el contrato suscrito y los pliegos precontractuales del mismo.

1.3 Con auto de fecha 12 de marzo del 2020, las 10h59, el tribunal calificó de oportuno el recurso y dispuso que el expediente se eleve a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.4 Por medio de escrito de fecha 5 de marzo del 2020, el Ministerio de Desarrollo, Urbanismo y Vivienda interpuso recurso de casación, apoyándose en la causal segunda del artículo 268 del COGEP; mismo que fue admitido, con auto de fecha 27 de agosto del 2020, las 08h33, por el conjuez nacional Javier Cordero López.

II Competencia

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

III Validez procesal

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

IV Consideraciones de este tribunal

a) Argumentos de las partes

4.1 Una vez efectuado el sorteo, se convocó a la audiencia de fundamentación del recurso para el día 29 de julio de 2021, a las 15h00, misma que fue reinstalada el 26 de agosto de 2021, a las 10h00. Las intervenciones de las partes pueden resumirse de la siguiente manera:

4.2 La casacionista indicó, sobre los vicios denunciados y contenidos en la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que:

> 4.2.1 La sentencia fundamenta su decisión en la mera alegación del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, indicando que nunca se configuró la circunstancia para el inicio de los trabajos, como es el pago del anticipo, así como la negativa de la demandante de firmar el contrato modificatorio, acotando

además que los trabajos realizados no fueron autorizados, ni fiscalizados.

4.2.2 Así mismo, manifestó que el cambio contenido en el contrato modificatorio era exclusivamente en lo relativo al código de financiamiento del BID, siendo este el del código del préstamo, añadiendo que la normativa de contratación pública indica que sin autorización del fiscalizador no se podían iniciar trabajos.

4.2.3 En relación al segundo punto del recurso planteado se indicó que la decisión tomada fue contradictoria, por cuanto no existe congruencia entre el hecho y la norma en que fundamenta lo decidido. Se indica que hay incumplimiento del contrato, tomando como referencia la cláusula 7.1, en la que se determina que el plazo de cumplimiento del contrato es de sesenta días luego que la contratista recibe el dinero del anticipo, y que ello no ocurrió, ni se analizó, debido a que el dinero nunca fue depositado. De manera que, si los trabajos no fueron autorizados, resulta contradictorio que los mismos sean pagados, incluso en virtud del artículo 117.2 del COPFP.

4.3 Por su parte, la demandante se opuso a la casación, en consideración de lo siguiente:

4.3.1 No se demostró que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, como tampoco se evidencia que la decisión adoptada sea contradictoria. De igual manera indicó que la decisión del tribunal fue completamente motivada según los estándares de la Corte Constitucional al ser accesible y de fácil entendimiento.

4.3.2 Por último, la demandante, acotó que no se suscribió un contrato modificatorio luego de un año y medio debido a que los precios unitarios cambian, de manera que la ganancia se veía afectada, y que por ello se negaron a firmar.

4.4 Finalmente, culminadas las intervenciones, el tribunal preguntó a la demandante cuál fue la obra ejecutada. A esto, la arquitecta María Delgado respondió que de las siete viviendas se realizaron cimientos, fundición de las cadenas de los pisos, zapatas, replantillos, fundición de losas, se montaron las columnas y conducciones a los pozos sépticos. Luego, el tribunal

consultó cuáles fueron los medios probatorios en los que sustentaba esos trabajos; sobre lo cual contestó que estos estaban detallados en los literales p) y q) de la demanda e hizo referencia a los oficios en donde se dieron a conocer los trabajos realizados.

b) Análisis de la causal segunda prevista en el artículo 268 del COGEP, por cuanto la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptaron decisiones contraditorias o incompatibles así como, cuando no cumplan con el requisito de motivación.

4.5 El recurrente ha señalado que la sentencia no cumplió con el requisito de motivación, por cuanto la sentencia se fundamentó exclusivamente en lo previsto en el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, siendo esto insuficiente en orden de justificar el pago de los trabajos realizados. De igual manera, ha precisado que en la sentencia se adoptó decisiones contradictorias, dado que en esta se determinó que existió incumplimiento contractual, no obstante, otorgó el pago de los trabajos realizados, resultando estos puntos contrapuestos.

4.6 De acuerdo con lo expuesto, este tribunal de casación analizará los cargos de i. falta de motivación en la sentencia y de ii. que en la sentencia se adoptó una decisión contradictoria, oportunamente aducidas por el recurrente.

4.7 El deber de motivación se encuentra previsto en la Constitución del Ecuador en su artículo 76, núm 7, letra l) y dispone lo siguiente:

> *ª Las resoluciones de los poderes publicos deberań ser motivadas. No habra´ motivacioń si en la resolucioń no se enuncian las normas o principios juriídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicacioń a los antecedentes de hecho.*

4.8 De igual forma, el artículo 89 del COGEP preve que toda sentencia y auto deberá ser motivado, bajo pena de nulidad; y seguidamente señala:

> ª *No habra´tal motivacioń si en la resolucioń no se enuncian las normas o principios juriídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicacioń a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarań expresando los razonamientos faćticos y juriídicos, que conducen a la apreciacioń y valoracioń de las pruebas como a la interpretacioń y aplicacioń del derechoº*

4.9 Estas disposiciones se refieren a que el deber de razonar se cumple cuando se ª *verifican dos circunstancias básicas: enunciar las normas o principios en que funda la decisión; y, explicar la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios a los hechos del caso*º [Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional* (Quito: Ediciones Legales, 2019) 935].

4.10 De esta forma, la Corte Constitucional ha indicado que en la motivación de las resoluciones se deberá verificar ª *la debida relación entre los alegatos vertidos por las partes, los antecedentes de hecho extraídos de las alegaciones de las partes y las normas jurídicas aplicadas al caso concreto, sobre las que también se fundamentó su pertinencia para el caso concreto*º [Sentencia 2344-19-EP/20, refiriéndose a la Sentencia 1728-12-EP/19].

4.11 La motivación, en líneas generales, es un requisito que integra el elemento forma y consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión de la resolución, que versan en las circunstancias de hecho y de derecho [Juan Carlos Cassagne, en Luis José Béjar, *El acto administrativo y su finalidad* (México: Editorial Purrúa S.A, 2011) 28]. Bajo esta línea, la fundamentación deberá indicar sobradamente que la decisión adoptada responde a una manera específica de entender qué hechos resultan probados y cómo se interpreta la norma aplicable [Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 242].

4.12 Sin embargo, es preciso indicar que será suficiente la motivación que permita conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento expresado [Juan Montero Aroca, La Sentencia. En *Derecho Jurisdiccional II* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 384]; excluyéndose, además, el análisis de la correcta o incorrecta interpretación del derecho por parte de los juzgadores; situación que ha sido ratificada por la Corte Constitucional de Ecuador cuando ha indicado que: ª *la garantía de motivación no*

*incluye un derecho al acierto o la corrección jurídica de las resoluciones judiciales*º [Sentencia Në 274-13-EP/19, del 18 de octubre de 2019, párr. 47].

4.13 En la especie, respecto de la devolución de lo efectivamente ejecutado, los juzgadores consideran pertinente la aplicación del numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, toda vez que esta disposición, por excepción, establece que el Estado y sus instituciones reconocerán el pago por compra de bienes o servicios efectivamente recibidos, hubiere o no compromiso previo. Bajo esta consideración, a criterio del tribunal de instancia, el hecho de que la accionante haya ejecutado una parte de la obra a favor de la Administración, permite la aplicación de esta norma; por lo que respecto de este argumento, no se observa el vicio alegado.

4.14 Sin embargo, esta Sala ha advertido que existe una parte trascendental no motivada en el fallo impugnado, específicamente, en su parte dispositiva. Sobre este punto, se realizan las siguientes consideraciones:

4.15 De acuerdo con lo previsto en el artículo 98 del COGEP:

> ª *El juzgador fijara´ en la sentencia o auto interlocutorio el importe de daños y perjuicios que debera´pagar la parte condenada a la contraparte, si aquellos han sido objeto de la demanda. De no ser posible esta determinación, establecera´las bases sobre las cuales debera´practicarse la liquidación*º

4.16 Bajo esta línea, en relación con la fijación de la cantidad a pagarse producto de una sentencia, nuestra jurisprudencia casacional ha sido clara en señalar que:

> *(¼) 2) Cuando en el proceso no se ha actuado prueba que permita al juez determinar la cuantía a pagarse, pero sí existen elementos que hacen posible fijar las bases para la liquidación, entonces en sentencia se ordenará el pago y se dispondrá que la liquidación la realice el perito que nombrará el juez, de acuerdo a las bases que fije el juez en el fallo.* [CNJ, Sala Civil, Mercantíl y Familia, 9 de noviembre de 2010. Expediente de Casación 626. RO Edición Especial 425, párr. 3.4]

4.17 De modo que, la fijación de la cantidad a pagarse, cuando no existiere prueba o esta fuere insuficiente, exige obligadamente al tribunal de instancia fijar las bases necesarias para que el o la perito pueda liquidar el pago ordenado. De tal suerte que si estas no se encuentran delimitadas en la sentencia o, en su defecto, son insuficientes, el fallo adolece de falta de motivación en su parte considerativa, que incide positivamente en su parte dispositiva.

4.18 Del análisis de la sentencia recurrida, esta Sala advierte que el tribunal *a quo* no determinó en su parte considerativa las bases necesarias y pertinentes que utilizaría el perito para liquidar el pago y el modo de verificarlas, sino que se limitó a disponer que: ª *el MIDUVI pague¼ el valor que resulte de lo efectivamente ejecutado, lo que será determinado pericialmente, debiendo para tal efecto, estarse a lo expresamente dispuesto en el contrato celebrado entre las partes y en los pliegos precontractuales del mismo*º ; incurriendo así en el vicio de falta de motivación.

4.19 Por último, corresponde analizar si en la parte dispositiva de la sentencia se ha adoptado una decisión contradictoria. Aunque una interpretación puramente literal de la ley podría sugerir que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la parte resolutiva del fallo, la doctrina y esta Corte han aclarado que la causal de casación en cuestión también incluye las contradicciones e incompatibilidades que se encuentren entre la parte dispositiva de la providencia y la considerativa [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 1ra Edición, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Andrade & Asociados, 2005, 136; Corte Suprema de Justicia, fallo No. 558-99, 9 de noviembre de 1999].

4.20 En este caso, el recurrente alega que la contradicción se produjo debido a que el tribunal *a quo* precisó que la accionante incumplió la cláusula séptima del contrato y, aun así, en virtud del numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, otorgó el pago de los trabajos ejecutados por la demandante. El artículo en mención dispone:

> ª 7.1.- *El plazo total para la ejecucuon y terminacion de la totalidad de los trabajos contratados es de SESENTA DÍAS (60), contados a partir de la fecha en que los recursos económicos correspondientes al anticipo se encuentren transferidos y*

*disponibles en la cuenta del CONTRATISTA, hecho que será notificado por el contratante*º

4.21 Para verificar si existe el vicio invocado, es necesario dilucidar si la parte considerativa de la sentencia recurrida guarda plena armonía en relación con la parte resolutiva de la sentencia. Esto es, si el hecho de que el tribunal de instancia considere probado que no se le entregó anticipo alguno a la demandante, así como alguna orden o depósito que le hubiera permitido iniciar los trabajos, es contradictorio con el pago de los trabajos ejecutados.

4.22 De la revisión de la sentencia recurrida, esta Sala ha advertido que, si bien es cierto que los juzgadores han determinado que existió incumplimiento contractual por parte de la demandante respecto la ejecución de las obras, no es menos cierto que el supuesto de hecho para la aplicación del numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas es precisamente que se realice ª *pagos cuando se reciban de terceros obras bienes o servicios (¼) haya habido o no compromiso previo*º. Lo que no permite aprehender la contradicción alegada por el recurrente.

4.23 Por todo lo expuesto, al verificarse el vicio acusado -motivación-, en virtud de lo previsto en el artículo 273 del COGEP, se casa la sentencia y se emite en su lugar la sentencia de merito bajo las consideraciones que a continuación se detallan:

c) Sentencia de mérito

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

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

(¼) *cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma*

> *Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.* [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27].

4.26 En vista que se ha verificado la configuración de una de las causales de casación y que, por tanto, se debe dictar una sentencia sustitutiva, este tribunal abarcará el análisis de la demanda, contestación y la valoración de la prueba para el efecto.

a. Demanda

4.27 María Ángeles Delgado Torres pretende que se declare el incumplimiento del contrato suscrito con fecha 11 de abril de 2018 y, en consecuencia, la resolución del mismo; que la entidad contratante pague por los trabajos efectivamente ejecutados por la contratista; que se ordene el pago de daños y perjuicios; y, por último, que se condene al pago de honorarios y costas procesales.

4.28 El fundamento de su demanda se refiere al incumplimiento contractual de la parte accionada por no entregar el valor del 100% del contrato en calidad de anticipo dentro del término estipulado en el contrato. En relación con esto, señala que transcurrió alrededor de 5 meses en los cuales presentó informes y documentos solicitando el pago del anticipo.

4.29 En lo principal, sustenta su acto de proposición en el artículo 288 de la Constitución del Ecuador; artículos 71, 96.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la cláusula quinta del contrato No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018 de 11 de abril de 2018.

b. Contestación a la demanda

b.1. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda

4.30 El MIDUVI se excepcionó de la siguiente forma:

4.30.1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;

4.30.2 Falta de derecho e improcedencia de la acción para demandar el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del contrato No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018, para la CONSTRUCCIÓN DE 6 VIVIENDAS NUEVAS Y 1 MEJORAMIENTO DEL PROGRAMA ªMANUELA ESPEJOº PROYECTO 01-U7R-MEC-MEM-003, CANTÓN OÑA, PROVINCIA DEL AZUAY;

4.30.3 Falta de derecho e improcedencia de la acción para demandar la presente demanda, por cuanto la accionante no especifica la acción dentro de la normativa legal que invoca para demandar ya que únicamente lo fundamenta en el artículo 326 numeral 4 del COGEP; y,

4.30.4. Falta de derecho e improcedencia de la demanda y la acción, por cuato no reúne los requisitos exigidos en los artículos 142 y 143 del COGEP.

b.2. Procuraduría General del Estado

4.31 La Procuraduría General del Estado se excepcionó de la siguiente manera: Legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas e improcedencia de las pretensiones.

c. Hechos que se consideran probados

4.32 Los hechos que se consideran probados y son relevantes para la resolución:

4.32.1. Consta un contrato público No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018, de 11 de abril del 2018, para la construcción de 06 viviendas nuevas y 01 mejoramiento del programa ªManuela Espejoº proyecto No. 01.U/R-MEC.MEM-003, Cantón Oña, Provincia del Azuay, en el cual figuran como partes el MIDUVI y la Arquitecta María Ángeles Delgado Torres. Dentro del mismo, se prevén las obligaciones de las partes

(fojas 1-12).

4.32.2 Consta el oficio de 20 de abril del 2018, suscrito por la Arq. María Ángeles Delgado Torres, dentro del cual se solicita el pago del anticipo y se indica que la ejecución de la obra inició (fojas 30-37).

4.32.3 Consta el oficio de 31 de julio del 2018, suscrito por la Arq. María Ángeles Delgado Torres, mismo que solicita la reanudación de las actividades para la construcción del proyecto ª Manuela Espejo, cantón Oña (foja 41).

4.32.4 Consta el Memorando No. MEF-CRC-2018-0082-M de 26 de junio de 2018, en el cual se solicita gestión para el desembolso del proyecto de vivienda en la provincia del Azuay, a favor de la Arq. María Ángeles Delgado Torres (foja 66).

4.32.5 Consta el Oficio. No. MIDUVI-CZ6-M-2018-0068-O de 21 de junio de 2018, dentro del cual se indica que no se ha generado desembolso a favor de los contratistas y se ha generado renovación de las garantías presentadas (foja 68).

4.32.6 Consta el Oficio No. MIDUVI-OTPSA-2018-0402-0 de 17 de agosto de 2018, en el cual se indica que la fecha de reinicio no es procedente, dado que la ejecución solo pudo iniciar una vez entregado el anticipo, de acuerdo con la cláusula séptima del contrato No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018 (foja 172).

4.32.7 Consta el informe de estado del proyecto Oña, elaborado por el Arq. Luis Miguel Ochoa Rodríguez en calidad de Especialista Provincial de Vivienda, en el que se detalla que existen trabajos realizados en algunos terrenos, los cuales no contaban con la autorización (fojas 214-218).

4.32.8 Consta el Memorando No. MIDUVI-GOTA-V-2018-0504-M de 9 de noviembre de 2018, dentro del cual se adjunta el informe de inicio de obra, según el cual se concluye que los trabajos realizados no se encuentran validados por la administración del contrato y tampoco por la fiscalización, por lo que no se autoriza el

inicio de la obra (fojas 201-205).

4.33 En lo que no estuviere contemplado en la precedente particularización, esta Sala se atiende a los hechos probados y desarrollados en la sentencia del tribunal *a quo*.

d. Consideraciones del tribunal de casación

4.34 En este punto, deben analizarse las pretensiones aducidas por la accionante, en confrontación con las excepciones y argumentos propuestos por el MIDUVI y la Procuraduría General del Estado.

3.35 Ahora bien, respecto la fundamentación de la presente sentencia, esta Sala hará uso de la figura conocida como motivación por relación o *per relationem*, como una forma de razonamiento judicial, misma que ha sido expresamente atendida y reconocida por la Corte Constitucional del Ecuador de la siguiente manera:

> *ª [L]a motivación per relationem es admisible en la medida en que no consista en una mera repetición de los fundamentos de la sentencia impugnada; sino que el tribunal de apelación debe realizar un pronunciamiento autónomo sobre el thema decidendum o, al menos, una postura crítica sobre la suficiencia y la fundamentación de dicha sentenciaº* [Sentencia No. 1898-12-EP de 4 de diciembre del 2019. Caso No. 1898-12-EP, párr. 29]

4.36 Por lo que, esta Sala encuentra adecuada y concuerda con la fundamentación realizada por el tribunal de instancia respecto los puntos que a continuación se detallan y, en mérito de cumplir con el requerimiento constitucional, realiza las siguientes precisiones:

4.37 Primero, si bien es cierto que la entidad demandada incumplió la cláusula quinta del contrato No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018, que en su parte esencial señala que el MIDUVI se obliga a entregar el anticipo en el término de 15 días; no es menos cierto que la accionante ejecutó las obras inobservando la cláusula séptima del mismo contrato, que expresamente señala que el plazo total para la ejecución del contrato se cuenta desde la fecha

en que los recursos económicos correspondientes al anticipo hayan sido transferidos y se encuentren disponibles en la cuenta del contratista. Bajo este escenario, existe incumplimiento recíproco en las obligaciones contraídas por las partes.

4.38 Segundo, y por consecuencia del punto anterior, no se puede reconocer daños y perjuicios, dado que ª*la accionante no puede pretender que se le reconozca daños y perjuicios que pudieron y debieron ser evitados, al realizar la obra al momento en que se le depositara el anticipo*º [Acápite 7.3 de la sentencia de instancia].

4.39 De igual forma, según el artículo 1505 del Código Civil, el incumplimiento contractual de una de las partes, otorga el derecho a reclamar la resolución o el cumplimiento del contrato más daños y perjuicios; de modo que no prodrían otorgarse cuando ambas partes se encuentran en mora de sus obligaciones contractuales, considerando además, que el mismo cuerpo normativo, en su artículo 1568 dispone que: ª*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta´en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*º

4.40 Por último, mal haría este tribunal en desconocer el trabajo efectivamente realizado por la accionante, aunque se reconozca que se incumplió el contrato; pues la ejecución parcial se encuentra realizada, como se prueba del informe de estado del proyecto Oña de fojas 214 a 220 y del Memorando No. MIDUVI-GOTA-V-2018-0504-M de fojas 201-205.

4.41 Bajo este escenario, se concuerda con la aplicación del artículo 117 del Código Orgánico de planificación y Finanzas Públicas, que en su parte esencial dispone:

> ª*Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo*º

4.42 Con lo cual, si bien la parte accionante no debió ejecutar la obra previo al pago del anticipo, ello no obsta a que la entidad demandada reconozca el valor de lo efectivamente

ejecutado por la demandante; ello, por cuanto todo trabajo realizado merece una retribución justa y el Estado no puede pretender beneficiarse injustificadamente a base del trabajo de un tercero, en concordancia con lo dispuesto en el artículo previamente invocado. En mérito de ello, la entidad accionada deberá pagar este rubro, una vez realizada la pericia técnica que determine el monto a pagar, en el momento procesal oportuno.

4.43 No obstante, como se señaló en su momento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 98 del COGEP, cuando se ordene el pago de una cantidad de dinero o de lo ejecutado en una obra o servicio, etc., y este no haya podido ser determinado, el tribunal deberá establecer las bases necesarias sobre las cuales deberá practicarse la liquidación.

4.44 Sobre este particular, en relación con la determinación del pago en sentencia, la extinta Corte Suprema de Jusitica ha indicado que si en el proceso se determina el pago de los daños y perjuicios ocasionados, es procedente que en la misma sentencia se fije la cantidad que se ha de pagar, pero si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla [CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantíl, 14 de febrero del 2006. Expediente de Casación 59. RO 420 de 19 de diciembre del 2006]

4.45 Por lo expuesto, en orden de cumplir con lo previsto en el artículo 89 del COGEP, esta Sala se atenderá a lo siguiente: i. especificará las pruebas que servirán como sustento para la liquidación y ii. establecerá la forma en que deberán verificarse.

4.46 Primero, respecto las pruebas, es necesario precisar que la existencia del expediente administrativo resulta una incorporación en bloque de todo lo actuado en vía administrativa, lo que se traduce en que todas las alegaciones que hayan sido realizadas en la fase administrativa, quedan incorporadas al proceso [Efraín Pérez, *Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano* (Quito: CEP, 2015) 172].

4.47 Y respecto la valoración judicial de esta prueba, según enseña la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso Administrativo y especialmente en el caso No. 11804-2018-00458:

ª [El] expediente administrativo y la resolución administrativa, son elementos sobre

los cuales los Tribunales Distritales deben ejercer el control jurisdiccional de las decisiones de la administración pública; por lo que constituyen elementos de prueba dinámica que debe ser proporcionada por la Administración emisora de la resolución que es materia de la impugnación judicial, ya que ella es la que está en poder de esa información documental que debe ser valorada de oficio, para de esta manera tutelar los derechos de los administrados, haciendo el control de la legalidad de la actividad pública¼º [CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, 21 de junio del 2021, juicio No. 11804-2018-00458, párrafo 8.1.1]

4.48 Por lo que, la finalidad del proceso contencioso administrativo permite al tribunal analizar los documentos incorporados en bloque por la Administración, de modo que se pueda efectuar un absoluto y adecuado control de legalidad de las actuaciones administrativas.

4.49 Así las cosas, este tribunal considera relevantes las siguientes pruebas:

4.49.1 De fojas 149 a 156 del proceso judicial consta el informe de fiscalización del proyecto ªConstrucción de 06 viviendas nuevas y 01 mejoramiento del programa ªManuela Espejoº proyecto No. 01.U/R-MEC.MEM-003, Cantón Oña, Provincia del Azuayº, elaborado por el Arq. Sebastián Fernando Vallejo Rodas, en calidad de Fiscalizador de la obra.

4.49.2 De fojas 202 a 205 del proceso judicial consta el informe de inicio de obra, en respuesta al Memorando No. MIDUVI-OTPSA-2018-1650-M de fecha 4 de noviembre del 2018, elaborado por el Arq. Luis Miguel Ochoa Rodríguez en calidad de Especialista Provincial de Vivienda.

4.49.3 De fojas 214 a 220 del proceso judicial consta el informe de estado del proyecto Oña, en respuesta el Memorando No. MIDUVI-OTPSA-2018-1814-M de fecha 11 de diciembre del 2018, elaborado por el Arq. Luis Miguel Ochoa Rodríguez en calidad de Especialista Provincial de Vivienda.

4.49.4 De fojas 222 a 228 del proceso judicial consta el informe de fiscalización del proyecto ª Construcción de 06 viviendas nuevas y 01 mejoramiento del programa ª Manuela Espejoº proyecto No. 01.U/R-MEC.MEM-003, Cantón Oña, Provincia del Azuayº, elaborado por el Arq. Sebastián Fernando Vallejo Rodas, en calidad de Fiscalizador de la obra.

4.50 Ahora bien, una vez delimitadas las pruebas sobre las cuales se sentarán las bases para la liquidación, corresponde precisar el modo en que se verificarán:

4.50.1 Primero, se determinará el valor unitario de las viviendas del proyecto ª Construcción de 06 viviendas nuevas y 01 mejoramiento del programa ª Manuela Espejoº proyecto No. 01.U/R-MEC.MEM-003, cantón Oña, Provincia del Azuayº, al tiempo en que iban a ser construidas, esto es, el año 2018. Se tomará como referencia el contrato No. MIDUVI-AZUAY-MC-005-2018 y las pruebas señaladas en 4.49.1, 4.49.2, 4.49.3 y 4.49.4 *ut supra*.

4.50.2 En virtud de lo anterior, se determinará, por cada vivienda, el valor de lo efectivamente ejecutado por la demandante, para lo cual, se tomará como referencia el ª detalle de los rubros ejecutadosº y el avance físico particularizado de las obras, que se encuentra desarrollado en las pruebas señaladas en 4.49.1 y 4.49.4 *ut supra*.

4.50.3 Tercero, no se otorgarán intereses en razón de que la parte accionante no los ha solicitado.

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, acepta el recurso de casación

interpuesto por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda y por lo tanto decide casar la sentencia de fecha 16 de enero del 2020, las 09h28, emitida por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.

5.2. En virtud del artículo 273 del COGEP, se declara parcialmente con lugar la demanda de María Ángeles Delgado Torres, en los términos señalados en los párrafos 4.42, 4.49, 4.50 de la presente sentencia y se niegan las demás pretensiones. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION 725-2021

158100399-DFE

Juicio No. 09802-2018-00379

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, jueves 9 de septiembre del 2021, las 13h19. **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, 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 de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 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 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. 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, la presente causa signada con el No. 09802-2018-00379, ha sido asignada a esta Sala Especializada; en tal virtud avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

SEGUNDO: ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, expidió sentencia, dentro de la causa signada con el No. **09802-2018-00379,** el 6 de junio de 2019, promovido por la compañía DATAFAST S.A. por medio de su Gerente General, señor Carlos Fabricio Franco Sampedro, en contra de la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL) y del PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, en la cual se ha decidido aceptar la demanda y declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución ARCOTEL-2017-1210 expedida el 7 de diciembre de 2017, y en consecuencia la nulidad de la Resolución CZ05-2017-0057 del 28 de agosto de 2017, notificada el 31 de agosto de

2017, mediante el cual se le impuso una multa de NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS (USD. 9.787,74).

2.2.- RECURSO: La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), parte demandada en el juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de dicha decisión judicial, sustentada en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; por estimar que el fallo se encuentra viciado por errónea interpretación de las normas de la ficha descriptiva del Servicio de Telecomunicaciones ª Valor Agregadoº contenidas en la Resolución No. 05-03-ARCOTEL-2016 y del artículo 312 de la Constitución de la República.

2.3. ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 11 de agosto de 2020, las 12h00, 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, en la audiencia de sustentación del recurso de casación, realizada conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, intervinieron las partes procesales haciendo sus exposiciones, la recurrente, sustentado su recurso y la otra parte ejerciendo su derecho de contradicción; diligencia en la que 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 sustancial la defensa del derecho objetivo y su correcta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia, es por ello que el recurso ataca las sentencias o autos definitivos que ponen fin al proceso judicial. La defensa del rigor de la norma jurídica, orientada a evitar y proscribir la arbitrariedad, por su inadecuado uso por parte de los órganos jurisdiccionales; esto es, la denominada NOMOFILAQUIA, es competencia de la Corte Nacional de Justicia que la ejerce por medio de sus Salas Especializadas; es por ello que, siendo un recurso extraordinario, su propósito no es la administración de justicia respecto de las posiciones procesales que tienen las partes que integran un juicio, ya que ello es una competencia privativa de los juzgados, cortes y tribunales de instancia. Su finalidad es el control jurisdiccional de los pronunciamientos de cortes provinciales y

tribunales distritales, a fin de que pueda uniformar la jurisprudencia, brindando la seguridad jurídica que requiere la sociedad.

En un proceso de instancia la demanda se dirige a que los órganos judiciales reconozcan o restablezcan los derechos u obligaciones controvertidos entre actores y demandados; ejerzan pues la potestad jurisdiccional del Estado, respecto de las controversias que enfrentan las partes y que, el Juez, como tercero imparcial, está obligado a dar solución jurídica ese conflicto.

En la casación, en cambio, la *petitium*, tiene un propósito distinto, ya que el recurso ataca la decisión misma, generando un proceso jurisdiccional, podría decirse, ya no *jurisdiccional judicial*, sino *jurisdiccional de control*, de la legalidad de la sentencia o auto que es objeto del reproche de aquella parte procesal que sufre agravio con el fallo de instancia; por consiguiente, es un medio para asegurar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, por medio de la correcta aplicación del derecho objetivo, material o instrumental.

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

> DÉCIMO TERCERO: ANÁLISIS DE LA PRUEBA.- Del análisis de la prueba aportadas y practicadas en la audiencia de juicio, el Tribunal concluye que con la práctica de la prueba que consta en autos de fojas 450 a 476 y la sustentación del informe pericial del ingeniero Hugo Carrión Robalino, acreditado en el Consejo de la Judicatura, se ha demostrado técnicamente que la empresa DATAFAST no provee acceso por medio de Dial up, Gprs o la red del servicio móvil avanzado porque no cuenta con redes de telecomunicaciones, ni es un proveedor de servicios de telecomunicaciones.- DATAFAST provee un servicio de gestión transaccional en un nodo o de servicios de telecomunicaciones, transacciones que son luego enviadas a entidades del sistema financiero nacional (bancos) para que aprueben determinadas transacciones que se efectúan con tarjetas de crédito o débito. 2) Según lo explicado y analizado por el Tribunal, la transmisión, emisión y recepción (envío y recepción de las transacciones) se realiza a través de proveedores de servicios por lo tanto DATAFAST S.A. no es proveedora de valor agregado de telecomunicaciones, sino que contrata este servicio a través de las empresas de telecomunicaciones (¼) para determinar si DATAFAST presta servicios de telecomunicaciones es preciso en primer lugar conocer qué es la telecomunicación.- Así tenemos que conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expresa: ª Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, vídeos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, por sistemas alámbricos, ópticos o inalámbricos, inventados o por inventarseº. Y

el Art. 36 de la misma norma legal, señala que los servicios de telecomunicaciones ª son aquellos servicios que se soportan sobre redes de telecomunicaciones con el fin de permitir y facilitar la transmisión y recepción de signos, señales, textos, video, imágenes, sonido o información de cualquier naturaleza, para satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los abonados, clientes, y usuarios. Dentro de los servicios de telecomunicaciones, en forma ejemplificativa y no limitativa, se citan a la telefonía fija y móvil, portadores y de valor agregado. Los prestadores de servicios de telefonía fija o móvil podrán prestar otros servicios tales como portadores y de valor agregado que puedan soportarse en su red y plataformas, de conformidad con la regulación que se emita para el efecto.º.- 10.6.- La Ficha Descriptiva del Servicio de Valor Agregado consta en el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, publicado en el Registro Oficial 749 del 6 de mayo de 2016, y define al **servicio de valor agregado** como: ª la provisión de acceso a aplicaciones, contenido o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fijaº. Dicho de otra manera, el servicio de valor agregado es la provisión de acceso a contenidos, no el contenido mismo.- 10.7.- De las normas señaladas así como de las pruebas practicadas en esta audiencia, como también del informe pericial sustentado por el perito ingeniero Hugo Carrión Robalino, fs. 450 a 476 el cual ha indicado que Datafast no provee el acceso a sus bases de datos, con lo que se evidencia que no se encuentran los elementos de la definición de la propia Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones establecidas en la Ficha Descriptiva del Servicio de Valor Agregado que consta en el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción. En consecuencia, habiendo probado Datafast S.A. que no presta servicios de telecomunicaciones, sino que contrata los servicios de empresas legalmente habilitadas para que sus usuarios accedan a sus bases de datos para las transacciones de tarjetas de crédito y débito, no puede sostenerse como lo ha hecho ARCOTEL que DATAFAST, actora en esta causa, es una empresa de telecomunicaciones, y tampoco, por lógica, que es un proveedor de servicios de valor agregado, pues quien no tiene la naturaleza y características del género, tampoco lo puede tener de la especie, por lo que se evidencia la falta de motivación en la resolución emitida por ARCOTEL incumpliendo con esto la garantía constitucional establecida en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Carta Magna en concordancia con el artículo 122 del ERJAFE. 10.8.- Por otra parte, ha quedado demostrado que durante el procedimiento administrativo sancionador que dio origen al acto impugnado, se violó el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 76 numeral 7 letras a) y h) de la Constitución de la República, por dos hechos que han quedado evidenciados. Por un lado, se negó

injustificadamente la incorporación de un informe técnico emitido en otro proceso administrativo seguido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL en contra de Datafast, en el cual se analizaba técnicamente los mecanismos de acceso a las bases de datos de Datafast. Este informe, resultado de una inspección realizada el 17 de noviembre de 2016 en las instalaciones de Datafast, concluye lo siguiente: ª El sistema de DATAFAST S.A. realiza el intercambio de información entre las entidades financieras y comerciales: DATAFAST no provee los medios de acceso a sus bases de datosº.- De acuerdo al artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, ARCOTEL podía negar la incorporación de pruebas cuando no fueren trascendentes o determinantes para la resolución final. Pero a todas luces, dicho informe sí era relevante para el análisis del caso, habida cuenta que, en el procedimiento administrativo que dio origen a la Resolución impugnada en este juicio, ARCOTEL no permitió a DATAFAST realizar una inspección técnica para determinar las condiciones y características técnicas del servicio que brinda Datafast. Esta omisión, de impedir la realización de una inspección dentro del procedimiento sancionador, también constituye una violación a las garantías del debido proceso, específicamente, a lo dispuesto en el artículo 76 numerales 1 y 7, letra a) de la Constitución de la República, pues no se permitió a DATAFAST el pleno ejercicio de su defensa y se vulneró su derecho a actuar las pruebas pertinentes.- El artículo 129 numeral 1 letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y el numeral 2 del mismo artículo, aplicables a esta causa en virtud de la Disposición Final del Código Orgánico Administrativo, sobre su vigencia, sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos que vulneren los derechos garantizados en la Constitución de la República.-10.9.-Tampoco se entiende como ARCOTEL, en su informe elaborado a consecuencia de la inspección llevada a cabo el 17 de noviembre de 2016 concluye que DATAFAST no presta el servicio de provisión de acceso y poco tiempo después, el 30 de agosto de 2017, dice todo lo contrario. - 10.10.- Este tribunal también considera indispensable tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 312 de la Constitución de la Republica, que establece: ª Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente.- Esta norma constitucional consta desarrollada en el art. 256 del Código Orgánico Monetario y Financiero, cuyo último inciso dispone la prohibición de participación como accionistas a las entidades financieras privadas y los accionistas de una entidad financiera privada en empresas ajenas a la actividad

financiera.- Del proceso de fs. 139 a 141 aparece que la Superintendencia de Bancos ha calificado a DATAFAST S.A., desde el año 2012 como una entidad perteneciente al sector financiero como ª prestadora de servicios auxiliaresº. Las normas constitucionales y legales no le permiten a las empresas del sector financiero dedicarse a otras actividades, como son por ejemplo las de telecomunicaciones, so pena de aplicar la sanción establecida en el último inciso del art. 256 del Código Orgánico Monetario y Financiero, esto es la incautación de las acciones y su posterior venta en pública subasta. La última calificación de DATAFAST como entidad del sistema financiero consta de la resolución No. SB-IRG-DRTL-2018-115 del 23 de marzo de 2018 expedida por la Superintendencia de Bancos, esto es en fecha posterior a la expedición de la Resolución CZ05-2017-0057 del 28 de agosto de 2017, notificada el 31 de agosto de 2017 en la cual ARCOTEL dispuso que DATAFAST prestaba un servicio de telecomunicaciones denominado ª servicio de valor agregadoº, lo que evidencia que el organismo competente la Superintendencia de Bancos considera que se trata de una empresa prestadora de servicios auxiliares del sistema financiero, y por tanto perteneciente a este sector de la economía y no al sector de las telecomunicaciones, pues si fuese así habría DATAFAST incurrido en la sanción establecida en el art. 256 del Código Monetario y Financiero, lo que no es el caso. 10.11.- En cuanto a la caducidad alegada por el actor, se evidencia que ARCOTEL comunica al actor con fecha 31 de julio de 2017 el cierre de la etapa de prueba y la resolución sancionadora es de fecha 28 de agosto de 2017 y fue notificada el 31 de agosto de 2017, es decir fuera de los términos contemplados en el art. 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establecía el término para emitir la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas, es decir se inobservó dicha norma, sin embargo tal disposición no le da el efecto de caducidad (¼)

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO: El recurso interpuesto por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), se acoge a la causal **quinta** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos;

7.1 Sobre la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: El recurrente en la fundamentación de su recurso sostiene que:

(¼) **Errónea interpretación de ª FICHA DESCRIPTIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, anexa al Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción** (¼) Los jueces de instancia consideran que únicamente según la ª Ficha Técnicaº, existe un acceso a contenidos,

y como la propia norma dice, existen tres posibilidades, lo cual, conlleva a una errónea interpretación de la propia ª Ficha Técnicaº (¼) si nos referimos a la pericia presentada en este caso, tenemos en la página 10 del ª INFORME TÉCNICO PERICIAL DATAFAST S.Aº, que, DATAFAST S.A., a través de portadores de servicios, suministrados por operadoras de telecomunicaciones (CNT, CLARO, SETEL, MOVISTAR, enlaza al establecimiento comercial a través de un programa informático que controla el acceso a la **información** de un tercero (institución financiera), soportando dicho servicio en redes de telecomunicaciones de las operadoras legalmente establecidas, presta el servicio de valor agregado, y no, como errónea consideran los Jueces de instancia, acceso a contenidos; pues ese no es el servicio de dicha empresa (¼) el error de interpretación se da de la siguiente manera: (¼) Ficha Descriptiva, establece en su parte pertinente la definición de servicio de Valor Agregado, como la ª Provisión de acceso a aplicaciones, contenidas o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fijaº. (¼) DATAFAST S.A., provee a sus clientes o usuarios el acceso a información crediticia para realizar una transacción; es decir, provee acceso a la información a través de redes públicas de telecomunicaciones, tal cual, la definición de la Ficha Técnica del Servicio de Valor Agregado. (¼) En esta ª Ficha Técnicaº, se determina como valor agregado a la ª Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fijaº. De esta transcripción, tenemos los elementos constitutivos de la norma, que a su tenor literal, son: (i) la provisión de acceso; (ii) a las aplicaciones; (iii) a contenidos; (iv) a información; (v) soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija. En consecuencia de esos elementos, tenemos que, el proveer constituye que una persona natural o persona jurídica, proporciona lo necesario para un fin determinado para que un tercero, para acceder a aplicaciones, contenidos o información; es decir, de la forma que considera la prestadora de un servicio, da a otra, todo lo necesario para un objetivo en específico. Como requisito infranqueable, tenemos que, esa persona natural o jurídica, debe contar para el cumplimiento de su objetivo, con la utilización de las redes públicas de telecomunicaciones, sean del servicio móvil avanzado (celular) o de telefonía fija, de operadores legalmente concesionarias del Estado Ecuatoriano. (¼) Cabe indicar que, se denota a la claridad meridiana el error cometido por el perito en el contexto de su experticia, pues nos encontramos frente a la prestación de un servicio, como lo dice al inicio del número 20 de su informe pericial; sin embargo, para la prestación de un servicio de telecomunicaciones de valor agregado, la propia norma establece que esta provisión, está dada en redes públicas de telecomunicaciones de terceros. (¼) DATAFAST S.A., a través de redes

públicas de telecomunicaciones, obtiene la información financiera necesaria para acceder a información; que valida una transacción comercial (¼) en la mencionada ª FICHA DESCRIPTIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ± DENOMINACIÓN DEL SERVICIO: VALOR AGREGADOº se establece: ª (¼) 5. **Sistema de pago** y transacciones de dinero electrónico (SDE) (¼) Servicio que, corresponde precisamente a la actividad que realiza la empresa DATAFAST, por lo que se fundamenta aún más que su actividad se enmarca en la prestación de un servicio de telecomunicaciones, que por sus características es el **Servicio de Valor Agregado**º (¼) la errónea interpretación (¼) conlleva a que se acepte la demanda presentada por DATAFAST S.A. (¼) **Errónea interpretación del artículo 312 de la Constitución de la República del Ecuador** (¼)La norma transcrita del artículo 312 de la Constitución de la República del Ecuador, limita el actuar de ª¼ **los medios de comunicación social**¼ º; por lo que, el Tribunal estableció que DATAFAST S.A., es un medio de comunicación social. (¼) DATAFAST S.A. no es concesionaria de una frecuencia de radio o televisión; por lo que, no presta un servicio público de **comunicación;** por lo que el Tribunal, interpretando erróneamente el concepto de ª¼ medio de comunicación social¼ º, pretende establecer que dicha empresa, es ese medio de comunicación social; y por tanto, no puede realizar actividades fuera de la esfera comunicacional (¼) DATAFAST S.A., realiza la vinculación entre un establecimiento comercial y una institución financiera, para obtener información a través de redes públicas de telecomunicaciones, que valide la transacción comercial, nos encontramos frente a una situación netamente comercial, y bajo ningún concepto comunicacional. (¼) DATAFAST S.A. (¼) no es concesionaria de un medio de comunicación social; y al ser un auxiliar del sistema financiero que debe cumplir la normativa del ordenamiento jurídico vigente para su actividad, no le rige la prohibición de la que trata el artículo 312 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 256 del Código Orgánico Monetario y Financiero; pues, la prestación de un servicio de telecomunicaciones debe estar regido y controlado por el ente estatal de conformidad con el artículo 313 de la Carta Fundamental.

7.2. La causal quinta del artículo 268 del COGEP, por referirse a violaciones de normas de orden sustantivo incluidos los precedentes jurisprudenciales, parte de la obvia consideración de que los hechos sobre los que versa el proceso judicial y que han sido establecidos por el juzgador en la sentencia recurrida, son los que corresponden a la verdad material desentrañada de la valoración probatoria efectuada; hechos sobre los cuales las partes están de acuerdo.

En el caso en análisis, se ha delimitado el alcance del recurso de casación en referencia a **la**

errónea interpretación; por ello es pertinente señalar que la interpretación de normas jurídicas, consiste en una operación intelectual orientada a establecer el alcance verdadero de la norma potencialmente infringida, para lo cual es indispensable recurrir a los distintos métodos de interpretación que trae el ordenamiento jurídico y que recomienda la doctrina jurídica; no es pues por ello que la búsqueda de esa verdad pueda constituir una arbitrariedad del juzgador; al contrario, es un mecanismo recomendado para que la norma jurídica pueda ser debidamente subsumida a los hechos fácticos que han resultado del proceso judicial, sobre los cuales en la causal invocada, las partes no tienen objeciones y los consideran válidos.

Murcia Ballén al respecto enseña que:

> ª *Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado*º. (Humberto Murcia Ballén, ª La Casación Civil en Colombiaº, p. 324).

7.3 La acusación que sustenta el recurso de casación se refiere a que en la sentencia recurrida se produjo la errónea interpretación de la Ficha Descriptiva Valor Agregado de Telecomunicaciones, anexa al Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, al sostener que únicamente, según esa ficha, existe un acceso a contenidos, cuando en realidad existen tres posibilidades en la norma.

La mencionada Ficha, agregada al indicado Reglamento, conforme señala la sentencia en su considerando 10.6, define al servicio de valor agregado como ª *la provisión de acceso a aplicaciones, contenido o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fijaº . Dicho de otra manera, el servicio de valor agregado es la provisión de acceso a contenidos, no el contenido mismo*º. Agregando la sentencia que (10.7) de las normas jurídicas que analiza como del informe pericial sustentado en la audiencia. El cual indica que la empresa accionante ª *no provee el acceso a sus bases de datos, con lo que se evidencia que no se encuentran los elementos de la definición de la propia Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones establecidas en la Ficha Descriptiva del Servicio de Valor Agregado que consta en el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de*

*Radiodifusión por Suscripción. En consecuencia, habiendo probado Datafast S.A. que no presta servicios de telecomunicaciones, sino que contrata los servicios de empresas legalmente habilitadas para que sus usuarios accedan a sus bases de datos para las transacciones de tarjetas de crédito y débito, no puede sostenerse como lo ha hecho ARCOTEL que DATAFAST, actora en esta causa, es una empresa de telecomunicaciones, y tampoco, por lógica, que es un proveedor de servicios de valor agregado*º .

Sostiene también el fallo que º *10.9.-Tampoco se entiende como ARCOTEL, en su informe elaborado a consecuencia de la inspección llevada a cabo el 17 de noviembre de 2016 concluye que DATAFAST no presta el servicio de provisión de acceso y poco tiempo después, el 30 de agosto de 2017, dice todo lo contrario*º . Todo ello concluye el Tribunal en su fallo, analizando el procedimiento administrativo y la resolución resultante de él, que es materia de la impugnación en el proceso de instancia, conduce a establecer las violaciones al debido proceso en las que ha incurrido la administración demandada, como la falta de motivación del acto administrativo materia de la impugnación.

De modo que, en el caso, es evidente para la Sala, que la alegación de errónea interpretación de la ficha técnica singularizada, para alegar el vicio de la causal quinta que dice relación a vicios *in judicando*, determinantemente ligado a la violación directa de norma jurídica material, que hace presumir que las partes están de acuerdo con los hechos, los cuales además no pueden ser objeto de nuevo análisis en casación. Esta situación, permite entender que siendo la discusión un aspecto de naturaleza técnico, ya que si bien los anexos al citado Reglamento en el que consta como anexo la Ficha técnica, denunciada como interpretada incorrectamente, el juzgador tenía la obligación jurídica de recurrir al informe pericial presentado dentro del proceso, para inteligenciarse del alcance de esa norma; siendo que es sobre esa base que se toma la decisión, la cual está acompañada de otros argumentos, algunos de los cuales hemos mencionado. Lo dicho permite colegir que el caso denunciado no puede ser tratado de modo independiente a las pruebas que obran del proceso judicial, como a la documentación que obra del expediente administrativo; las cuales de haber sido indebidamente valoradas no pertenecen ciertamente a la causal invocada; razones determinantes para que, por este extremo, no prospere el recurso de casación.

7.4 Respecto de la errónea interpretación del artículo 312 de la Constitución de la República, en vinculación directa con el artículo 256 del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF), normas a las cuales hace referencia la sentencia atacada en su considerando 10.10, estima el casacionista que

> (¼)La norma transcrita del artículo 312 de la Constitución de la República del Ecuador, limita el actuar de ª¼ **los medios de comunicación social**¼ º; por lo que, el Tribunal

> estableció que DATAFAST S.A., es un medio de comunicación social. (¼) DATAFAST S.A. no es concesionaria de una frecuencia de radio o televisión; por lo que, no presta un servicio público de **comunicación;** por lo que el Tribunal, interpretando erróneamente el concepto de ª ¼ medio de comunicación social¼ º, pretende establecer que dicha empresa, es ese medio de comunicación social; y por tanto, no puede realizar actividades fuera de la esfera comunicacional (¼) DATAFAST S.A., realiza la vinculación entre un establecimiento comercial y una institución financiera, para obtener información a través de redes públicas de telecomunicaciones, que valide la transacción comercial, nos encontramos frente a una situación netamente comercial, y bajo ningún concepto comunicacional. (¼) DATAFAST S.A. (¼) no es concesionaria de un medio de comunicación social; y al ser un auxiliar del sistema financiero que debe cumplir la normativa del ordenamiento jurídico vigente para su actividad, no le rige la prohibición de la que trata el artículo 312 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 256 del Código Orgánico Monetario y Financiero; pues, la prestación de un servicio de telecomunicaciones debe estar regido y controlado por el ente estatal de conformidad con el artículo 313 de la Carta Fundamentalº.

Arguye asimismo el casacionista que la norma constitucional infringida limita a las instituciones financieras, representantes y accionistas de ellas a ser parte de medios de comunicación social y viceversa. Que la Superintendencia de Bancos ha calificado a DATAFAST S.A., como prestadora de servicios auxiliares, considerados en el artículo 105 del Código citado, como el ª conjunto de políticas, normas, instrumentos procedimientos y servicios articulados y coordinados, públicos o privados, autorizados por el Banco Central del Ecuador, interconectados con el sistema central de pagos, establecidos para efectuar transferencias de recursos y compensación entre sus distintos partícipesº. Que esta clase de entidades están sometidas a la vigilancia y control del Banco Central para actividades relacionadas a la liquidación y transferencia de recursos monetarios, por lo que las demás actividades serán supervisadas por los organismos de control correspondientes, según la disposición general única de la Resolución 207-2016 de 12 de febrero de 2016, expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Que en el caso de ARCOTEL, es una empresa que presta servicios de telecomunicaciones de valor agregado, por lo que es competencia de ARCOTEL la verificación y control de las actividades que realiza, por lo que debe ser sancionada y conminada a obtener la autorización para sus actividades. Estima por tanto que el artículo 256 del COMF, al extender la limitación de artículo 312 de la CRE, es concordante en que las instituciones financieras solo pueden ejercer actividades de esa índole, por tanto más allá de la prestación de un servicio de telecomunicaciones de valor agregado, la accionante al ser solo auxiliar del servicio, no presta directamente actividades financieras, ya que es un gestor de

transacciones en el sistema financiero nacional, sin que ello le limite a obtener los permisos para ejercer legalmente sus actividades.

El considerando 10.10 de la sentencia reprochada sostiene que el Tribunal Distrital, refiriéndose a las dos disposiciones jurídicas, afirma que la empresa actora del juicio de instancia, desde el año 2012, ha sido calificada por la Superintendencia de Bancos, como entidad perteneciente al sistema financiero, prestadora de servicios auxiliares; disposiciones que no permiten a esta clase de empresas dedicarse a otras actividades que sean de ese sector, como las de telecomunicaciones; y que la última calificación a DATAFAST se verificó en resolución de 23 de marzo de 2018, es decir posteriormente a la emisión de la resolución por la que ARCOTEL estableció que dicha empresa presta servicios de telecomunicaciones, con las consecuencias que constan en dicha resolución, lo cual no es del caso.

Debe señalarse que la transcripción que hace el casacionista, del artículo 256 del COMF, corresponde a la reforma que sufrió esa norma, según el artículo 7, numeral 18 de la Ley publicada en Registro Oficial suplemento No. 150 de 29 de diciembre de 2017, la cual por tanto no estaba vigente al tiempo en que se produjeron los hechos que dieron lugar a la emisión de la Resolución impugnada, cuya nulidad ha sido declarada en la sentencia recurrida, No. ARCOTEL-2017-1210 de 7 de diciembre de 2017, como de la resolución CZ05-2017-0057 de 238 de agosto de 2017, cuando la norma vigente a esa época era el Código publicado en Registro Oficial suplemento No. 332 de 12 de septiembre de 2014. Situación esta que sería suficiente para desestimar el recurso de casación, sin embargo, se debe apreciar que las reformas introducidas a la norma no afectan en realidad a los elementos que fueron usados por el juzgador para emitir su sentencia ni a la formulación del recurso.

Hemos dicho en párrafos anteriores, que el yerro de errónea interpretación de una norma jurídica, es un proceso intelectual encaminado a encontrar el verdadero alcance de la norma jurídica y que, la interpretación no es una atribución arbitraria del juzgador, ya que se encuentra delimitada a las reglas de la sana crítica y obviamente a los métodos de interpretación que la legislación y la doctrina establecen para cumplir con esa finalidad, que no es otra que el logro efectivo de la certeza que se espera en la actividad judicial. Entre los métodos pueden encontrarse el gramatical, teleológico, histórico, el sistemático.

Del recurso interpuesto sobre el yerro acusado, el casacionista no establece con precisión cuál es el método interpretativo que ha sido usado por el juzgador, ni las razones por las cuales éste no era el adecuado para la causa en resolución o, por qué, si el método era el que correspondía a la especie, las reglas para esa interpretación fueron usadas indebidamente. En ese contexto, va de suyo también que la sustentación del recurso de casación en estudio no específica cuál es el método, sus reglas que debía ser usadas para llegar a la verdadera interpretación de la o las normas jurídicas que, se entienden, para

la causal, son las que corresponden a los hechos respecto de los cuales las partes no tienen discusión alguna al establecimiento de la verdad material establecida por el juzgador. Omisiones estas que de por si hacen improcedente el recurso.

Adicionalmente, la complejidad del tema obligaba a que la proposición jurídica completa, debía referir a todas las disposiciones que trae el COMF, respecto a los servicios auxiliares, como podían ser las contenidas en sus artículos 143, 144, 162, 416, 433 y 434; situación que torna al recurso sobre este yerro, como de sustentación incompleta; los cual, sumando a lo manifestado en el párrafo precedente, conduce a la Sala a desestimar por improcedente el recurso.

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 Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL); consecuentemente, **NO CASA**, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, el 6 de junio de 2019.- Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.-

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION 726-2021

158329326-DFE

Juicio No. 17811-2019-00438

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

AUTOR/A: DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 13 de septiembre del 2021, las 13h41. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Enrique Velásquez Díaz y Fabián Patricio Racines Garrido fueron designados como Jueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 202; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional 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, posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** El 30 de junio de 2021 se sorteó la presente causa, recayendo su conocimiento en el tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia integrado por Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso; **e)** somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I. ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia de 30 de julio del 2020, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito resolvió aceptar la demanda presentada por el señor Mario Rommel Illescas Trujillo y declaró la nulidad del acto administrativo impugnado, contenido en la Resolución No. 14501 expedida por la Contraloría General del Estado y que fuere notificada el 14 de noviembre de 2018, al haber operado la caducidad de la facultad determinadora.

1.2.- La Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la sentencia referida en líneas anteriores, con fundamento en el caso cinco (5) del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.3.- Con auto de 17 de diciembre de 2020, el Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso

Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y por indebida aplicación del artículo 56 de la citada Ley.

1.4.- Mediante auto de sustanciación de 19 de agosto de 2021, el Juez Nacional Ponente convocó a las partes para el día 24 de agosto de 2021, a las 11h00, a fin de que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció telemáticamente la institución pública recurrente, a través de su procuradora debidamente acreditada, quien fundamentó su recurso en base al caso admitido a trámite. También compareció en forma telemática a la audiencia la defensa técnica del señor Mario Rommel Illescas Trujillo, quien contestó la referida fundamentación. Luego de escuchar a las partes procesales, el Tribunal de esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se rechazó el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos expuestos a continuación.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia expedida el 30 de julio de 2020 por el Tribunal de instancia dentro del juicio No. 17811-2019-00438, adolece de los errores de derecho acusados por la institución recurrente. De comprobarse los yerros en la sentencia recurrida, se emitirá el fallo de mérito que en derecho corresponda.

III.- ANÁLISIS

3.1. Con cargo al caso 5 del artículo del artículo 268 del COGEP la casacionista acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, lo que a criterio del recurrente condujo a la indebida aplicación del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En relación al vicio de falta de aplicación del artículo 71 de la referida Ley, es necesario recordar que el vicio de falta de aplicación implica un error de existencia y se presenta cuando el juzgador ha

omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto litigioso. En ese evento el casacionista debe demostrar a través de su fundamentación la trascendencia de la aplicación de dicha norma, explicando de qué manera la sentencia hubiera sido diferente si se la hubiera aplicado. En lo que tiene que ver al vicio de indebida aplicación del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se debe señalar que el vicio de indebida aplicación implica un error de selección y se presenta cuando el juzgador ha entendido correctamente el alcance de la norma, pero la ha aplicado para un caso que no es el previsto por el legislador.

Al fundamentar el recurso el recurrente manifiesta: *ª (¼) en el fallo recurrido, no se aplicó el artículo 71 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, lo que ha conllevado a una indebida aplicación del artículo 56 ibídem; (¼) Configurando el vicio del derecho alegado, considerando que el artículo 56 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado , establece un plazo para emitir la resolución de confirmación de responsabilidad civil; sin embargo, el mencionado artículo no señala como en derecho público corresponde, que la consecuencia de su inobservancia sea la caducidad de la facultad de control de la Contraloría General del Estado, como en efecto si lo hace el artículo 71 del cuerpo legal citado, en el que se establece claramente un plazo de* ***SIETE AÑOS*** *para que el Órgano Técnico de Control ejerza su facultad de pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, sobre los actores de las personas sujetas a dicha Ley y para que determine las correspondientes responsabilidades, en caso de haberlas por lo tanto, el tiempo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, no es una caducidad propiamente dicha. (¼) una vez se ha expuesto que el artículo 56, en su literal, no establece que la inobservancia del plazo establecido en el, provoque la caducidad de la facultad determinadora del Ente de Control, es claro que el artículo referido fue indebidamente aplicado y, en su lugar debió aplicarse el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, considerando que ésta norma es la que contiene la figura de caducidad y la que claramente se determina el efecto de pérdida de competencia cuando la Contraloría General del Estado no se haya pronunciado ni haya determinado responsabilidades dentro de los siete año, situación que en el presente caso, no pasó, ya que se pronunció y determinó responsabilidad civil culposa al administrador, dentro de los siete años, por tanto no habría caducidad de la facultad para determinar responsabilidades por pate de la institución. En conclusión, al haber dejado de aplicar el artículo 71 y aplicar indebidamente el artículo 56 de la Ley orgánica de la Contraloría General del Estado, la decisión adoptada por el Tribunal de instancia adolece del error de derecho invocado y sustentado, y por tanto se encuentra justificada la incidencia del mismo en la decisión judicialº* .

A fin de determinar si el yerro acusado está o no presente en la sentencia recurrida, se observa que sobre este tema el Tribunal de instancia determinó lo siguiente: *ª (¼) De manera que, el Organismo*

*de Control (¼) tenía que emitir su decisión dentro de los 180 días posteriores al fenecimiento del referido plazo, es decir debía expedir su resolución hasta el 20 de enero de 2018, hecho que no ocurrió, pues la Resolución No. 14501, fue emitida el 23 de julio de 2018 (fs.56-72) y notificada al accionante el 14 de noviembre de 2018, cuando había transcurrido en exceso el periodo establecido en la Ley para pronunciarse, siendo evidente que ya no era competente en razón del tiempo para emitir dicho pronunciamiento, por haber precluido el término expedir dicho pronunciamiento, vicio que genera la nulidad del acto (¼) la norma a ser aplicada es el Art. 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado cuya inobservancia acarrea la incompetencia de la autoridad en razón de la oportunidad para pronunciarse. Por lo que la Contraloría General del Estado, expidió una resolución cuando había caducado su facultad sancionadora al haber transcurrido con exceso el plazo de ciento ochenta días que tenía para hacerlo, por lo que ha actuado sin competencia en el tiempo al momento de establecer la responsabilidad civil solidaria, por lo que el acto administrativo impugnado es nulo y por ende contrario al principio al debido proceso y la seguridad jurídica al haberse infringido el procedimiento establecido, al ser expedido fuera del tiempo que tenía el ente Control para su pronunciamiento, por haber operado la caducidad de la facultad. El efecto de tal hecho produce que ninguna de las actuaciones posteriores pueda tener validez ya que para ello no debía caducar la facultad de control de la Contraloría General del Estado*º. Adviértase entonces que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida está directamente relacionada con la caducidad de la facultad de determinadora, para cuyo efecto se debe considerar la fecha de notificación de la predeterminación de responsabilidad, y la fecha en que ha sido notificado el acto administrativo con conforma tal responsabilidad.

Se debe señalar que la sentencia recurrida declaró la nulidad del acto administrativo impugnado por haberse notificado la resolución confirmatoria de responsabilidad fuera del plazo fatal previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, norma ésta que concede al ente de control el plazo de 180 para expedir la resolución de determinación, contados desde la última notificación de la predeterminación. El recurrente cita como infringido el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y alega que ésta es la norma que debía ser aplicada debido a que es la única que contiene la figura de la caducidad, y en la que se establece un plazo de siete años para que esto ocurra. Al respecto se debe señalar que la Corte Nacional de Justicia ha determinado en múltiples de su fallos que el procedimiento administrativo que se sustancia en la Contraloría General del Estado está constituido por varias fases, cada una de las cuales precluye al finalizar el plazo previsto en la Ley. En la especie, el recurrente confunde la caducidad establecida en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, con la caducidad prevista en su artículo 71, sin considerar que se trata de momentos diferentes dentro del procedimiento

administrativo.

De conformidad a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial, es deber de los jueces administrar justicia aplicando la norma jurídicamente pertinente; y en tal virtud el Tribunal de instancia estaba en la obligación de aplicar la norma que establece el plazo máximo en que el ente de control debía expedir su resolución confirmatoria de responsabilidad, que para el presente caso no es otra que el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, develándose que ésta era la norma pertinente al caso que nos atañe.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que en el ámbito casacional uno de los elementos de procedencia determinantes del recurso de casación se remite al principio de ª trascendenciaº, el cual se refiere a que el vicio acusado debe revestir de significativa relevancia en la decisión del fallo; de tal manera que al aplicarse el mismo la decisión del fallo resultare distinta. Al respecto, es propicio reproducir las siguientes citas jurisprudenciales: ª *No es materia de casación cualquier error de derecho, sino únicamente aquellos que por su trascendencia tenga influencia decisiva en el fallo, como manda nuestra ley; que hayan sido determinantes en su parte dispositiva*¼ º (Gaceta Judicial XVI, No. 2, página 256, Merino vs Pilicita). ª *Los errores sin trascendencia no son causal para para casar el fallo, sino aquellas violaciones a la ley que tengan repercusiones al desviar a la justicia de su camino*º. (Resolución No, 89-2001 de 02 de marzo de 2001, juicio No. 168-98). En la especie, el casacionista no ha logrado demostrar la trascendencia en la aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, toda vez que ésta norma no es aplicable a la fase del procedimiento administrativo que fue analizado por el Tribunal de instancia en su sentencia recurrida, por lo que el recurso de casación no puede progresar.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por la Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 30 de julio de 2020, a las 16h12, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha dentro del juicio No. 17811-2019-00438.- Actúa la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.-

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

Mgs. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

MG/AM

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

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

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