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

17811-2020-00486, 17811-2015-01185, 09802-2019-00645, 17811-2017-01311, 18803-2015-00115

Año II - Nº 417 - 48 páginas
Quito, miércoles 11 de noviembre de 2026

FUNCIÓN JUDICIAL

171926791-DFE

Juicio No. 17811-2020-00486 RESOLUCION N° 246-2022

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 16 de marzo del 2022, las 16h07. **VISTOS:** El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa Nº. **17811-2020-00486**:

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

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

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

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

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

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

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 30 de junio del 2021, constante a fojas 24 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, Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango.

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:

II. Antecedentes

2.1 En fecha 13 de julio de 2020, el arquitecto Pedro Loyo Pasquel, en su calidad de Presidente de la Asociación Agropecuaria ªEl Trapicheº y apoderado especial de la señora Elina Chandi Ortega propuso una acción contencioso administrativa en la que demandó la ilegalidad y nulidad de la resolución de utilidad pública No. 706-2019-GAD-I de fecha 27 de noviembre de 2019 y dictada por el alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado de Ibarra.

2.2 Con tal antecedente, el 10 de septiembre de 2020, a las 10h36, con voto de mayoría, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito resolvió declarar, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 147 del COGEP, a la demanda manifiestamente inadmisible.

2.3 Por ello, el arquitecto Pedro Loyo Pasquel, en su calidad de Presidente de la Asociación

Agropecuaria ª El Trapicheº y apoderado especial de la señora Elina Chandi Ortega interpuso el recurso extraordinario de casación invocando: i) la causal primera, por la indebida aplicación del artículo 147 del COGEP; ii) la causal primera por la falta de aplicación de los artículos 75, 76.3, 76.7.a, 76.7.l, y de los artículos 12, 146.1 y 146.7 del COGEP; iii) la causal segunda, por no cumplir con el requisito de motivación contenido en el artículo 76.7.l de la Constitución, del artículo 90.5 del COGEP y del artículo 130.4 del COFJ ; y, iv) de la causal tercera por resolver lo que no es materia de litigio.

2.4 Con ese antecedente, por medio de auto de fecha 8 de enero de 2021, a las 09h21, el Conjuez Nacional doctor Miguel Bossano Rivadeneira, mandó a aclarar y completar el recurso interpuesto. Ello fue respondido el 15 de enero de 2021 por la casacionista. De manera que el 22 de enero de 2021, a las 09h35, el referido Conjuez Nacional admitió los cargos alegados por las causales descritas en los numerales i), iii), y iv) del parágrafo que antecede.

III. Validez procesal

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

IV. Consideraciones de este tribunal

4.1 De los argumentos expuestos dentro del recurso de casación interpuesto se considera que las causales invocadas son las contenidas en el numeral primera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por: i) la causal primera, la indebida aplicación del artículo 147 del COGEP; ii) la causal segunda, por no cumplir con el requisito de motivación contenido en el artículo 76.7.l de la Constitución, del artículo 90.5 del COGEP y del artículo 130.4 del COFJ ; y, iii) de la causal tercera por resolver lo que no es materia de litigio.

Análisis del recurso de casación de la causal contenida en el numeral primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por la indebida aplicación del artículo 147 *ibídem*

4.2 La casacionista alegó, tanto en el recurso interpuesto como en la fundamentación oral, que los dos numerales contenidos en el artículo 147 del COGEP, sobre la incompetencia y la indebida acumulación de pretensiones, son presupuestos para la aplicación del último inciso del artículo que se denuncia fue indebidamente aplicado. Así mismo en la fundamentación oral, indicó que el auto debe ser casado debido a que se declaró la inadmisibilidad (conforme se expuso) sin el cumplimiento de dichos presupuestos. Por ello sostuvo que existió indebida aplicación del mentado artículo, puesto que el silogismo resulta incorrecto al aplicar el último inciso, ignorando los dos presupuestos señalados.

4.3 Antes de pasar a resolver el cargo alegado, es necesario indicar que el yerro de aplicación indebida se configura cuando el juzgador entiende rectamente la norma jurídica pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido [Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 323, juicio No. 89-99, 31 de agosto de 2000; No. 299, juicio No. 168-200, 19 de junio de 2001; No. 317, juicio No. 190-200, 31 de agosto de 2000. En el mismo sentido, véase: Manuel De La Plaza, La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218].

4.4 Aclarado el vicio alegado, es necesario referir la naturaleza de la causal primera del artículo 268 del COGEP, la cual -acorde lo señala el maestro Calamandrei- trata de los errores *in procedendo* los cuales miran la inejecución (o cualquier otro vicio) de normas procesales [Piero Calamandrei, *La casación civil Tomo III* (Buenos Aires: El Foro, 2007), pág. 50]. Esto se refiere a que busca tutelar la aplicación de norma procesal en el *íter* entre aquello que se demanda, hasta cuando finalmente culmina el proceso. En esta línea de ideas (acorde a lo expuesto en el recurso de casación y la causal alegada) se revisará la indebida aplicación de una norma procesal que vicia el proceso de una nulidad que resulte insanable, y que esta incida en la decisión de la causa [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade y Asociados, 2005), pág. 116]. Pero, para que deba declararse, este cargo debe cumplir con un estándar mínimo con los siguientes elementos:_ el principio de tipicidad y el principio de trascendencia [*ibídem*], siendo necesarios para que pueda ser declarada la nulidad de acorde a esta causal.

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

4.6 Así mismo (conforme ha desarrollado la jurisprudencia) pueden existir nulidades además cuando existen violaciones al debido proceso. Esto dado que *"la realización de la justicia está pues, íntimamente enlazada con las garantías del debido proceso y una de estas garantías es la aplicación del principio de obligatoriedad de las normas procesales; en otras palabras, los actos procesales están reglados por la ley en cuanto al tiempo, lugar y modo"* [Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 137-99 de 1 de marzo de 1999, dentro del juicio No. 231-98 R.O. No. 185 S. de 6 de mayo de 1999]. Es necesario recordar que las mismas garantías de la antigua Constitución de 1998 están contenidas en la actual Carta Magna, para el caso que nos acomete, en el numeral 1 del artículo 76.

4.7 De acuerdo a lo expuesto por la casacionista, el yerro de indebida aplicación ocasionó la inadmisión de la demanda. Esta afectación, a decir de este tribunal de alzada, implicaría una denegación al acceso a la justicia, lo que defraudaría la vigencia del artículo 75 de la Constitución.

4.8 Con todo lo expuesto, se analiza el vicio alegado en el recurso de casación interpuesto, en el que -como se expuso- se da cuando el tribunal realiza un ejercicio intelectivo en miras a resolver algún tipo de controversia de carácter procesal, aplicando una norma que no corresponde al caso. Según la tesis del casacionista, el tribunal *a quo* aplicó de manera indebida el artículo 147 del COGEP,

creyendo que el último inciso puede aplicarse de manera indiscriminada, sin observar los numerales 1 y 2 del mismo precepto legal.

4.9 Cabe mencionar que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió, en un caso análogo, ha indicado lo siguiente que**:**

> *ª Los dos casos que contiene la norma, están condicionados a que los vicios que afectan al libelo inicial, sean de tal trascendencia que resulten manifiestamente imposibles de permitir el inicio de un proceso judicial; calificación que debe ser debidamente fundamentada; consecuentemente, no puede estimarse que lo ª manifiestamente inadmisibleº , se trate de una causal adicional a las únicas que fija esa disposición legal.*
>
> *La incompetencia manifiesta, debe ser de tal naturaleza que aquella sea evidente, notoria, que no exista la mínima duda de aquella, lo cual debe desprenderse precisamente de la fundamentación en la que es juzgador sustenta la inadmisión a trámite de la demanda. En efecto, cuando el juzgador estima ser incompetente para conocer y resolver una causa, está obligado a determinar cuál es el juzgador que tiene la habilitación jurídica para hacerlo, ya que caso contrario, se estaría restringiendo el acceso a la tutela judicial, consecuentemente, no solo debe asumir su incompetencia* [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de febrero de 2022, juicio No. 17811-2018-01805, párr. 9.5.1].

4.10 Esto quiere decir que cuando se aplique el último inciso del artículo 147 del COGEP, este solo puede realizarse cuando sea evidente la incompetencia o la indebida acumulación de pretensiones. Mas no cuando, a decir del tribunal *a quo,* se considere que una demanda pueda ser *ª manifiestamenteº* inadmisible por una causal distinta a las que constan en los numerales de dicho artículo. Por ello, al tener dos presupuestos, esta inadmisión no puede aplicarse directamente, sino ante la posibilidad contemplada en los dos numerales que le anteceden. Con lo expuesto se aclara por lo tanto que el artículo no fue debidamente aplicado.

4.11 Como se advirtió con antelación, no basta simplemente con que se cumpla con la causal, sino que

es necesario cumplir además con los principios de tipicidad y trascendencia del vicio denunciado, para que este pueda generar una nulidad. Por ello, del examen de la causal y las alegaciones vertidas al aplicar de manera indebida una norma procesal se rompe con el debido proceso ±en correspondencia con los parágrafos **4.4**,**4.5 y 4.6**± siendo violaciones que se pueden considerar típicas y por lo tanto cumplen (valga la redundancia) con el principio de tipicidad alegado. De igual manera, en relación a la trascendencia del vicio, tal como fue acotado, la inadmisión impediría la tutela judicial efectiva del demandante, por la inadmisión declarada, por lo que el vicio tiene suficiente trascendencia como para que el acto procesal sea castigado con la nulidad.

4.12 Esta transgresión afectó al debido proceso del demandante, producto de lo cual recurrió el auto de inadmisión por indebida aplicación del artículo 147 del COGEP, la misma que se reconoce. En consecuencia, se han configurado los elementos determinantes de la causal primera del artículo 268 del COGEP, con relación a la disposición legal analizada; no siendo por tanto necesario un pronunciamiento sobre las demás normas jurídicas invocadas en el recurso.

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 **RESUELVE, aceptar** el recurso de casación interpuesto por arquitecto Pedro Loyo Pasquel, en su calidad de Presidente de la Asociación Agropecuaria ªEl Trapicheº y apoderado especial de la señora Elina Chandi Ortega, y por lo tanto decide **casar** el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, a las 10h31, emitido el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- En mérito de lo dispuesto en el artículo 273.1 del COGEP, se declara la nulidad procesal a partir del auto recurrido y se dispone que el órgano judicial de origen conozca el proceso desde que se produjo la nulidad y continúe sustanciándola conforme lo dispuesto en la presente sentencia.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

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

FUNCIÓN JUDICIAL

171938636-DFE

Juicio No. 17811-2015-01185 RESOLUCION N° 247-2022

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 16 de marzo del 2022, las 16h42. **VISTOS:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Fabián Racines Garrido e Iván Larco Ortuño, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa Nº. **17811-2015-01185**:

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

2. La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante resolución Nº. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,

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

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

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

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

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

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 7 de mayo de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los Jueces Nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Fabián Racines Garrido e Iván Larco Ortuño.

II. Antecedentes

2.1. El 24 de junio de 2015, Mireya Aida Vaca Acurio presentó un recurso subjetivo contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (ªIESSº) para que se declare la ilegalidad parcial y nulidad del Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-601 de 4 de marzo de 2015, en el que se calculó su pensión de conformidad con la Resolución No. CD 476 de 14 de enero de 2015, pese que ella obtuvo el derecho de jubilación patronal antes de que tal Resolución entre en vigencia. Adicionalmente, la actora solicitó que se disponga el pago de la diferencia entre el valor que le habían entregado por jubilación patronal y aquel que realmente le corresponde según las Resoluciones No. 127, 218 y 329 del IESS. Esto más intereses, costas procesales y honorarios profesionales.

2.2. Mediante sentencia de 16 de noviembre de 2019 a las 9h10, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (ªTDCAº) aceptó parcialmente la demanda. En consecuencia, declaró la nulidad parcial del Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-601 y concedió a la actora su pretensión de pago, sin costas, intereses ni honorarios.

2.3. Inconforme con lo resuelto, el IESS interpuso recurso de casación el 13 de diciembre de 2019. Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el recurso intepryesto fue admitido con auto de 25 de mayo de 2020, las 8h28, dictado por el Conjuez Nacional Miguel Angel Bossano Rivadeneira y posteriormente sorteado electrónicamente al presente tribunal el 7 de mayo de 2021.

III. Validez procesal

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

IV. Análisis del recurso

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

1) *Falta de aplicación:* Cuando el juzgador dejar de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

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

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

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

4.2. En el presente caso, la entidad recurrente invocó la *falta de aplicación* de los artículos 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 425 de la Constitución; y, 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre de 2019, así como sus disposiciones transitoria y final. A su vez, alega que, como consecuencia de la falta de aplicación de dichas normas, se aplicó indebidamente el *ª Art. 2 de la Resolución No. CI. 127 de la Comisión Inteventora del IESS de 19 de noviembre de 2001, reformando por los Arts. 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218 del Consejo Directivo del IESS emitida el 4 de marzo de 2010, normas que fueron ratificadas por el Art. 2 de la Resolución No. C.D. 329 del Consejo Directivo del IESS dictado el 8 de septiembre de 2010º* .

4.3. Por último, argumentó que existe una *errónea interpretación* del artículo 4 de la Resolución No. 476 del IESS. A continuación, se analizarán estos cargos de la casacionista.

1. La falta de aplicación de normas sustantivas

4.4. La casacionista considera que el TDCA debía aplicar los artículos 1 y 2, así como las disposiciones transitoria y final del Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre de 2019. En general, dichas normas regulan la supresión de las pensiones jubilares de *"los ex servidores públicos o jubilados de la entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar"*. Estas fueron reemplazadas por *"transferencias solidarias"*, cuyo método de cálculo se encuentra regulado en el mismo Decreto Ejecutivo No. 172, que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2019.

4.5. Además, la casacionista indica que la Contraloría recomendó al IESS ajustar *"el monto de las pensiones jubilares, a los parámetros fijados en el* ***Decreto Ejecutivo 172*** *de 7 de diciembre de 2009"*. En relación a esto, el IESS afirma que dictó la Resolución No. CD. 476 para cumplir con la recomendación de Contraloría y que, en función de ella, calculó la pensión jubilar de la actora. Por ello, a criterio de la entidad recurrente, el TDCA debía considerar este particular y aplicar el artículo 92 de Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone que *"las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con carácter obligatorio (¼)"*.

4.6. En esta línea, la entidad recurrente enfatiza que el TDCA tenía que preferir la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172 por sobre la Resolución No. CD. 476 y que no lo hizo, por lo cual, dejó de aplicar el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 425 de la Constitución.

4.7. A partir de las alegaciones de la casacionista, este tribunal examinará la procedencia de la causal primera de casación por la supuesta *falta de aplicación* de las normas sustantivas antedichas. Para el efecto, es necesario determinar si las normas invocadas por el IESS guardan relación con el supuesto fáctico sometido a conocimiento del TDCA. Al respecto, este tribunal se remitirá a los hechos establecidos como ciertos en la sentencia recurida, pues los jueces casacionales parten de la base que la apreciación del tribunal *ad quem* es correcta sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso [Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 1ra Edición, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Andrade & Asociados, 2005, p.182].

4.8. En el considerando octavo de la sentencia recurrida, el TDCA indicó que la pensión de la actora fue calculada por el IESS a través del Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-601, aplicando los artículos 2 y 4 de la Resolución No. CD. 476. Del contenido de dicho acuerdo se desprende que la actora presentó su renuncia el 25 de junio de 2013 para acogerse a los beneficios de jubilación patronal, la que fue aceptada en agosto de 2013. Además, a partir de la aplicación del artículo 4 de la Resolución No. CD. 476 en el acuerdo de jubilación, se tiene que "a pesar de que la actora ya había obtenido el derecho a la jubilación" aún no se le habían pagado las pensiones para la época en que el

IESS expidió la Resolución No. CD. 476.

4.9. Entonces, los hechos ciertos que el TDCA determinó en sentencia, con base en el Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-601, son: (i) la actora obtuvo el derecho a recibir las pensiones de jubilación desde septiembre de 2013 (inclusive) y (ii) esta no había venido percibiendo sus pensiones desde que obtuvo tal derecho, hasta la emisión de la Resolución No. CD. 476.

4.10. Por su parte, el ámbito de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172 se refiere a *ª los ex servidores públicos o jubilados de la entidades del sector público que* ***hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilarº*** . Es decir, debían verificarse dos condiciones para que esta norma resultare aplicable: (i) que el ex servidor público se haya jubilado hasta antes del 31 de diciembre de 2008; y, (ii) que, por esta situación, el ex servidor haya venido percibiendo una pensión jubilar hasta antes de dicha fecha. Ninguno de esos dos presupuestos fácticos se verifican en el presente caso porque la actora recién obtuvo su derecho desde septiembre de 2013 y no sólo que no había recibido pensiones jubilares antes del 31 de diciembre de 2008, sino que no había percibido pensión alguna desde que obtuvo el derecho.

4.11. En consecuencia, ninguna de las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 172 eran aplicables al supuesto fáctico sometido a conocimiento del TDCA. Por lo cual, el tribunal *a quo* no cometió un yerro al dejar de aplicarlas.

4.12. De ahí, no se observa una antinomia entre el artículo 4 de la Resolución No. CD. 476 y el Decreto Ejecutivo No. 172 que hubiese merecido la aplicación del principio de jerarquía normativa del artículo 425 de la Constitución, pues estas normas regulan situaciones jurídicas distintas. Por un lado, el artículo 4 de la Resolución No. CD. 476 se refiere a ª *las personas que obtuvieron el derecho y* ***aún no reciben la pensión jubilarº*** , mientras que el Decreto Ejecutivo No. 172 regulaba los casos en que los jubilados ya *ª* ***venían percibiendo*** *una pensión jubilarº* hasta antes del 31 de diciembre de 2008. Consecuentemente, el TDCA no cometió un yerro por la falta de aplicación del artículo 425 de la Constitución.

4.13. Finalmente, la recomendación de Contraloría al IESS ±invocada por la casacionistaÐ tampoco guarda relación con el supuesto fáctico del caso porque versa sobre la reliquidación de las pensiones de jubilados en función del Decreto Ejecutivo No. 172 (para pasar al régimen de transferencias solidarias) y, para este punto, ya se explicó que dicho decreto no es aplicable al cálculo de pensiones de la actora (párrafos 4.8 ± 4.11 *supra*). En otras palabras, el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no debía ser aplicado por el TDCA, pues las recomendaciones de la entidad de control son obligatorias para los supuestos de hecho a los que resultan aplicables; y, en este caso, se ha determinado su inaplicabilidad por tener un ámbito distinto al supuesto de hecho

controvertido.

4.14. Por lo expuesto, este tribunal concluye que el TDCA no incurrió en una violación directa de normas sustantivas por haber dejado de aplicar los artículos 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 425 de la Constitución; y, 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre de 2019, así como sus disposiciones transitoria y final.

2. La aplicación indebida de normas sustantivas

4.15. La casacionista construyó el argumento de *aplicación indebid*a como una consecuencia directa del yerro de *falta de aplicación* (párrafo 4.2 *supra*). Dado que ya se verificó la improcedencia del *antecedente* (párrafo 4.14 *supra*), también se sigue la improcedencia del consecuente (el yerro de indebida aplicación). Por lo cual, se desestima la alegación de la casacionista respecto a la aplicación indebida de normas sustantivas.

3. La errónea interpretación de normas sustantivas

4.16. La norma supuestamente violada por *errónea interpretación* es la contenida en el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS, que dispone:

> Artículo 4.- Para las personas que obtuvieron el derecho y aún no perciben pensión jubilar patronal, el valor de la misma se calculará de conformidad con la **normativa vigente**. A partir de la vigencia de la presente Resolución, se aplicarán los parámetros señalados en el artículo 2. (énfasis añadido)

4.17. A criterio de la casacionista, el TDCA debía interpretar que la *ª normativa vigenteº* a la que hace referencia el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS es el Decreto Ejecutivo No. 172, que entró en vigor desde el 1 de enero de 2019. Sin embargo, previamente ya se explicaron los motivos por los cuales dicho decreto resulta inaplicable al caso (párrafos 4.8 ± 4.11 *supra*). Por lo cual, el TDCA habría cometido un error si interpretaba el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS de la manera en que propone la casacionista.

4.18. En este caso, el TDCA interpretó literalmente el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS y, además, aplicó un método sistemático para darle sentido a la frase *ª normativa vigenteº* según el artículo 7 del Código Civil. En el considerando octavo de la sentencia recurrida, el TDCA estableció lo siguiente:

> Mal hizo, entonces, el IESS en aplicar la fórmula contenida en el Art. 2 de la Resolución CD 476 de forma retroactiva a situaciones que surgieron con anterioridad a la vigencia de dicha disposición. No solo por cuanto el artículo 7 del Título Preliminar

> del Código Civil así lo prohíbe (la ley rige para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo), sino también porque actuó en contra de la propia Resolución CD 476, en cuyo artículo 4 de forma clara se dispuso que: ª Para las personas que obtuvieron el derecho y aún no perciben pensión jubilar patronal, el valor de la misma se calculará de conformidad con la normativa vigente. A partir de la vigencia de la presente resolución se aplicarán los parámetros señalados en el artículo 2º (¼).

4.19. A partir del fragmento transcrito, se advierte que el TDCA interpretó correctamente el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS, pues la construcción gramatical de la disposición permite corroborar que existe una distinción entre dos grupos de pensiones jubilares.

4.20. El primer grupo está considerado en la primera oración de la norma, que está destinada a regular las pensiones de los trabajadores y servidores que ya obtuvieron el derecho a la jubilación patronal bajo la Resolución No. 880 del Consejo Superior del IESS, pero aún no la percibían a la época en que se dictó la Resolución No. CD 476. A estas, se las debía calcular de conformidad con la *ª normativa vigenteº* .

4.21. De ahí, el segundo grupo está considerado en la segunda oración de la norma, que se refiere a las pensiones de esos mismos trabajadores y servidores, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución No. CD 476. Esas se debían calcular de conformidad con los parámetros señalados en el artículo 2 de la resolución.

4.22. Esta distinción se desprende del uso de dos oraciones separadas por un punto seguido. Esto significa significa que cada oración expresa una idea diferente con su propio sujeto, predicado y respectivos modificadores. En la primera oración ±que es compuestaÐ el núcleo del sujeto es la *ª pensiónº* , su modificador directo es *ª jubilarº* y su modificador indirecto es la proposición subordinada *ª de los de los trabajadores y servidores que ya obtuvieron el derecho a la jubilación patronal bajo la Resolución No. 880 del Consejo Superior del IESS, pero aún no la percibían a la época en que se dictó la Resolución No. CD 476º* . El núcleo del predicado es el verbo *ª calcularº* que está afectado por el modificador circunstancial de modo *ª de conformidad con la normativa vigenteº* .

4.23. En la segunda oración, cambia el modificador circunstancial de **modo** *(ª de conformidad con el artículo 2 de la resoluciónº*) y, adicionalmente, existe un modificador circunstancial de **tiempo** *(ª a partir de la vigencia de la Resolución No. CD 476º*).

4.24. Si ambos grupos de pensiones recibieran el mismo trato y se fijasen con el mismo método, las oraciones no harían una distinción entre el cálculo hecho con la *ª normativa vigenteº* y el realizado *ª con el artículo 2º* y *ª a partir de la vigenciaº* de la Resolución No. CD 476.

4.25. De lo expuesto, se extrae que necesariamente las pensiones jubilares del primer grupo (antes de la vigencia de la Resolución No. CD 476) no pueden ser calculadas con el artículo 2 *ibídem*, porque este último sólo es aplicable para el segundo grupo de pensiones jubilares (posteriores a la vigencia de la resolución). No obstante, la interpretación literal del artículo 4 era insuficiente, por sí sola, para superar la vaguedad de la frase *ª normativa vigenteº*, pues este método interpretativo sólo permite concluir que dicha normativa es distinta y anterior a la Resolución No. CD 476.

4.26. Por ende, el TDCA también acudió a una interpretación sistemática. En este caso, la disposición general primera y la disposición derogatoria de la Resolución No. CD 476 no son idóneas para lograr determinar cuál es la normativa *ª vigenteº* y aplicable para calcular la pensión jubilar de los trabajadores y servidores comprendidos en el artículo 4 *ibídem*, previo la vigencia de nueva resolución del IESS.

4.27. La disposición general primera sufre del mismo defecto de vaguedad que el artículo 4, que se está tratando de esclarecer, porque también hace referencia a revisiones y reliquidaciones *ª aplicando las normas vigentesº*, sin ofrecer mayores elementos de precisión sobre cómo determinar la normativa vigente.

4.28. De ahí, la disposición derogatoria abroga las *ª Resoluciones números: C.1.127 de 19 de noviembre de 2001; C.D. 079 de 11 de octubre de 2005; C.D. 218 de 19 de septiembre de 2008; C.D. 306 de 4 de marzo de 2010; C.0.329 de 8 de septiembre de 2010 y C.D.337 de 16 de noviembre de 2010º* y todas las normas y disposiciones opuestas a la Resolución No. CD 476.

4.29. Por lo cual, dicha disposición sólo permite dilucir que las resoluciones del IESS ±anteriores y derogadasÐ no podrían ser aplicadas para regular hechos suscitados, ni derechos adquiridos, con posterioridad a la vigencia de la Resolución No. CD 476. Sin embargo, tampoco ayuda a identificar la *ª normativa vigenteº* a efectos de calcular las pensiones de los trabajadores y servidores que ya obtuvieron el derecho de jubilación patronal antes de la vigencia de la Resolución No. CD 476, y que aún no las habían percibido para esa época.

4.30. Dado que otras disposiciones de la propia Resolución No. CD 476 no permiten superar la vaguedad de la frase *ª normativa vigenteº*, es razonable que el TDCA no las haya aplicado sino que haya recurrido a otros cuerpos normativos como el artículo 7 del Código Civil que establece los efectos de las normas en el tiempo, de la siguiente manera: *ª La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (¼)º*. Esta disposición refueza la idea de que el artículo 2 de la Resolución No. CD 476 no podría ser aplicada para calcular pensiones que para esa época ya debían estar canceladas por parte del IESS. Es decir, no podría tener efectos retroactivos.

4.31. Además, el numeral 9 de dicho artículo 7 del Código Civil determina lo siguiente: *ª Todo*

*derecho real adquirido según una ley, subsiste bajo el imperio de otra nueva; pero en cuanto al goce y cargas, y en lo tocante a la extinción, prevalecerán las disposiciones de la ley posterior*º . En este caso, los trabajadores y servidores ya habían adquirido el derecho real de propiedad respecto de las pensiones que hasta ese momento no se les habían pagado (antes de la vigencia de la Resolución No. CD 476), pero que ya debían haber venido percibiendo desde el momento en que adquirieron el derecho a la jubilación patronal.

4.32. Eso significa que tales pensiones pasadas sólo podían haber sido calculadas con la *normativa vigente* a la época en que cada jubilado adquirió su derecho a la jubilación patronal. La suma de todas esas pensiones impagas era un deuda que el IESS tenía con los jubilados previo a la vigencia de la Resolución No. CD 476. Por lo cual, el derecho de propiedad que tenían los jubilados sobre su respectivo crédito (pensiones impagas) contra el IESS constituía un derecho adquirido que debía subsistir bajo el imperio de la nueva resolución, la número CD 476. Esta interpretación, además de sistemática, garantiza la seguridad jurídica de los jubilados, considerando que este derecho implica lo siguiente:

> En general, del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Estas reglas deben ser estrictamente obedecidas por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica sólo podrá modificarse por una autoridad competente a través de procedimientos regulares, **previamente establecidos**.[1]

4.33. De otra manera, aceptar una interpretación como la propuesta por la casacionista, sería admitir se cambien las reglas del juego retroactivamente en desmedro de los derechos adquiridos de los jubilados. Sin embargo, en este punto, vale aclarar que la Corte Constitucional ha admitido que las pensiones futuras ±aún no ingresadas al patrimonio de los jubiladosÐ puedan calcularse bajo nuevos métodos de cálculo establecidos de forma posterior [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 077-13-SEP-CC, caso N°. 0080-10-EP, 25 de septiembre de 2013].

4.34. Por los motivos expuestos, este tribunal concuerda que una interpretación literal, sistemática y que más favorece la efectiva vigencia del derecho a la seguridad jurídica de los jubilados ± conforme lo estableció el TDCA en la sentencia recurridaÐ exige que la frase *ª normativa vigente*º del artículo

1 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Në. 989-1 l-EP/19, caso Në. 989-1 l-EP, 10-sep.-2019, p. 20 y 21; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Në. 337-1 l-EP/19, caso Në. 337-1 l-EP, 28-oct.-2019, p. 26.

4 de la Resolución No. CD 476 se entienda como aquella que estaba en vigor a la época en que cada jubilado adquirió su derecho a la jubilación patronal.

4.35. En función de lo anterior, este tribunal concluye que el TDCA interpretó correctamente el artículo 4 de la Resolución No. CD. 476. Por lo cual, se desestima el cargo casacional invocado por el IESS.

V. Decisión

5.1. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **rechazar** el recurso de casación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Por lo tanto, decide **no casar** la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2019 a las 9h10, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

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

FUNCIÓN JUDICIAL

171842201-DFE

Juicio No. 09802-2019-00645 RESOLUCION N° 248-2022

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, miércoles 16 de marzo del 2022, las 08h57. **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 No. 8-2021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** El 16 de noviembre de 2021se 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 Velásquez Díaz, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación de conformidad a lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia dictada el 28 de abril de 2021, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil, dentro del juicio No. 09802-2019-00645 deducido por la señora Fabiola Leonor Checa Ruata en contra de la Contraloría General del Estado, resolvió: *ª ¼ acepta la demanda planteada y declara la nulidad del oficio No. 00119 DNRR-SRR de fecha 25 de marzo de 2019, notificado el 24 de abril de 2019 y así como la Responsabilidad Administrativa Culposa establecida mediante Resolución No. 29959 de 12 de abril de 2018, en cual se estableció una multa en contra de la accionante por el valor de 264 USD; por haber operado la caducidad de la potestad de control de la Contraloría General del Estadoº* .

1.2.- El Director Provincial de Guayas de la Contraloría General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose para el efecto en la causal quinta del

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

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

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

artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 16 de septiembre de 2021 la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el referido recurso de casación.

1.4.- Con auto de sustanciación de 14 de febrero de 2022 se convocó para el día martes 22 de febrero de 2022, a las 09h45, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció de manera virtual la institución pública recurrente Contraloría General del Estado, a través de su abogada debidamente acreditada para el efecto, quien fundamentó su recurso en base a la causal admitida a trámite. De igual forma, compareció a la audiencia de manera telemática el procurador judicial de la señora Fabiola Checa Ruata, quien contestó la fundamentación del recurso. 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 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 de esta etapa impugnatoria.

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 28 de abril de 2021 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil, dentro del juicio No. 09802-2019-00645, ha incurrido en el yerro acusado por la entidad recurrente; esto es: con cargo a la causal quinta del artículo 268 del COGEP se invocó la indebida aplicación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. De comprobarse dicho vicio en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda

III.- ANÁLISIS

3.1.- La acusación casacional que se sustenta en el caso quinto, y que motiva la presente impugnación, es aquella que la doctrina y la jurisprudencia la ha denominado como un error o vicio *"in iudicando*º,

el cual se configura por la violación de la norma de derecho que acarrea una conclusión contraria a la realidad de los hechos, en este tipo de impugnaciones prima el interés general sobre el particular.

La entidad casacionista con sustento en el caso quinto, acusa la indebida aplicación del artículo 26 de la LOCGE, al respecto se debe mencionar que el referido vicio consiste en la impertinencia de la norma para resolver el asunto litigado, es decir, el precepto de derecho sustantivo elegido por el juzgador es ajeno a la controversia, conduciéndolo a una conclusión contraria a la realidad de los hechos; por consiguiente, es presupuesto obligatorio, que el casacionista en su fundamentación identifique expresamente la disposición normativa que debió incorporarse al fallo, toda vez que, la indebida aplicación de una norma acarrea la falta de aplicación de otra, así se extrae la siguiente cita jurisprudencial: *ª ¼debe especificarse las razones por las cuales se afirma por ejemplo, que ha habido aplicación indebida de una norma de derecho y cual era disposición que debió aplicarseº* . (Registro Oficial No. 284 de 14 de marzo de 2001, página 18).

Los argumentos del recurrente en lo principal se remiten a que: *ª Es pertinente indicar que el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado vigente a la fecha del alcance de la orden de trabajo, esto es el 21 de enero de 2013 y la aprobación del informe, de fecha 23 de marzo de 2015, hechos descritos en la misma sentencia, se encontraba redactada de la siguiente manera: @Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado y serán tramitados en los plazos establecidos en la ley y los reglamentos correspondientes, los mismos que desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, como regla general, no excederán de un año. Los informes luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado y enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas© (Énfasis agregado]. La redacción del artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado fue alterada por la Disposición Reformatoria Décimo Segunda del Código Orgánico Integral Penal de fecha 10 de febrero de 2014 (¼) De la consideración emitida por el Tribunal a quo, se puede observar que el juicio se basó sobre la aplicación de una norma que fue reformada con posterioridad a los actos y hechos controvertidos en el proceso, lo que definitivamente contraría el principio de irretroactividad, pues la ley únicamente puede disponer para lo venidero, exceptuándose los casos en los que la misma norma ordene lo contrario. En este sentido en menester resaltar que la sentencia adolece de una indebida aplicación del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, reformada, lo que hace que la sentencia con una claridad más que evidente, incurra en la casual invocada por este Organismo Técnico de Controlº* .

Se debe comenzar señalando que en la sentencia recurrida se declaró la nulidad del acto administrativo impugnado, para ello el Tribunal de instancia en su sentencia señaló: *ª ¼ en el presente caso tenemos que el EXAMEN ESPECIAL A LOS GASTOS CORRIENTES Y DE INVERSIÓN DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE, POR EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE JULIO DE 2010 Y EL 30 DE JUNIO DE 2012 SIGNADO CON EL NÚMERO MAE-DAI-0007-2012, fue hecho sobre la base de las ordenes de trabajo números: 21-2012 MAE-DAI de 17 de septiembre de 2012, y los alcances contenidos en los oficios 28-2012-MAE-DAI, 004-2013-MAE-DAI de 20 de noviembre de 2012 y 21 de enero de 2013, conforme se lo indica en la foja 179 vta. del proceso; tomando en cuenta la fecha de la aprobación del informe y las fechas de las ordenes de trabajo, se advierte que el informe ha sido aprobado fuera del término máximo de ciento ochenta días improrrogables, conforme lo establece el artículo 26 de la Ley de Contraloría General del Estado, puesto que tomando en cuenta la fecha de la última orden de trabajo (21 de enero de 2013) y la fecha de la aprobación del informe (23 de marzo de 2015), han transcurrido dos años un mes aproximadamente, contraviniendo así el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, provocando la caducidad de la facultad de control de la entidad¼º* .

En el recurso de casación el recurrente cita como infringido el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y alega que los jueces de instancia aplicaron la norma que no se encontraba vigente al momento de los hechos, en ese sentido, del proceso se puede verificar que el examen especial No. MAE-DAI-0007-2012 a los gastos corrientes y de inversión del Ministerio del Ambiente, por el período comprendido entre el 01 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2012, fue hecho sobre la base de las órdenes de trabajo número 21-2012 MAE-DAI de 17 de septiembre de 2012 y los alcances contenidos en los oficios 28-2012-MAE-DAI de 20 de noviembre de 2012 y 004-2013-MAE-DAI de 21 de enero de 2013. Dicho esto, la ley aplicable al caso es la que se encontraba vigente a la fecha en que se emitió la orden de trabajo, es decir aquella publicada en el Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002, la cual en su parte pertinente señala: *ª ¼ los mismos que desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, como regla general, no excederán de un año¼º* (lo subrayado nos corresponde); sin embargo, en la sentencia impugnada se aplicó la norma reformada en el Registro Oficial No. 598-3S de 30 de septiembre de 2015 y la cual establece: *ª ¼ Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables¼º* (lo subrayado nos corresponde). En tal virtud, se verifica que el tiempo para la aprobación del informe de auditoría es de un año (considerando la norma vigente a la época), por lo que es evidente que el Tribunal de instancia indebidamente consideró el término de 180 días, cuando lo correcto era un año.

Es necesario considerar que en el presente caso, entre la orden de trabajo de 17 de septiembre de 2012, incluso si tomamos en cuenta el último alcance de 21 de enero de 2013 y su aprobación de fecha 23 de marzo de 2015, han transcurrido más del año establecido en la norma jurídicamente pertinente al caso, concluyendo que la diferencia entre el año y el término de 180 días resulta intrascendente para el presente caso, pues ambos fueron sobrepasados en exceso por la entidad de control, evidenciándose así que el vicio acusado resulta intrascendente.

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, la entidad casacionista no ha logrado demostrar la trascendencia en la aplicación del reformado artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada en el Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002, toda vez que el argumento utilizado por la institución recurrente no desvirtuó la declaratoria de caducidad, pues conforme se desprende del análisis realizado en líneas anteriores, la Contraloría General del Estado aprobó el informe de auditoría una vez fenecido el año previsto en la Ley, por lo que el Tribunal de instancia concluyó correctamente con la declaratoria de nulidad de la resolución de determinación de responsabilidad administrativa culposa, al haberse constatado que en el presente caso operó la caducidad de la potestad del órgano de control respecto a la fase de aprobación del informe de auditoría viciándola de nulidad absoluta.

Adicionalmente se debe considerar que el año previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado vigente a la época, es un plazo fatal, puesto que la Contraloría General del Estado aprobó el informe de auditoría una vez fenecido el año previsto en la Ley, y por tal motivo, tal aprobación está viciada de nulidad absoluta toda vez que el funcionario público que lo aprobó había perdido competencia en razón del tiempo para hacerlo. Sobre el particular, la Resolución No. 10-2021 publicada en el Registro Oficial Suplemento de 12 de octubre de 2021, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, declaró como precedente jurisprudencial obligatorio el punto de derecho que contiene la siguiente regla: ª *El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por*

parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad contralora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental esté viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa, o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, están obligados a declararla de oficio o a petición de parte, en aplicación de la garantía de preclusión y del principio dela seguridad jurídicaº . Por este motivo, esta Sala Especializada de casación verifica que el Tribunal de instancia ha dado al artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado el alcance y el sentido que corresponde, además de verificarse que es la norma que debía aplicarse al caso concreto. Por consiguiente, al no haberse demostrado la procedencia del cargo acusado y su trascendencia, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

IV. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial de Guayas de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 28 de abril de 2021 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en cantón Guayaquil, dentro del juicio No. 09802-2019-00645.- Notifíquese y devuélvase.-

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

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

FUNCIÓN JUDICIAL

171843456-DFE

Juicio No. 17811-2017-01311 RESOLUCION N° 249-2022

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, miércoles 16 de marzo del 2022, las 09h08. **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 No. 8-2021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** El 13 de octubre 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 Velásquez Díaz, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación de conformidad a lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia dictada el 10 de diciembre de 2020, a las 08h15, la Sala Única del Tribunal Distrital No.- 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 17811-2017-01311 deducido por el ingeniero Max Eduardo Encalada Zamora en contra de la Contraloría General del Estado, resolvió mediante fallo de mayoría declarar sin lugar la demanda y dispuso su archivo.

1.2.- El ingeniero Max Eduardo Encalada Zamora, interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose para el efecto en los casos primero y quinto del artículo 268 del COGEP.

1.3.- Con auto de 18 de agosto de 2021 el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo

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

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

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

Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el referido recurso de casación.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 27 de enero de 2022 se convocó para el día martes 22 de febrero de 2022, a las 15h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció telemáticamente el recurrente, ingeniero Max Eduardo Encalada Zamora acompañado de su defensa técnica misma que fundamentó su recurso en base a las causales admitidas a trámite. También compareció en forma telemática a la audiencia, la Contraloría General del Estado, a través de sus procuradores debidamente acreditados, quienes contestaron 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 dictada el 10 de diciembre de 2020 por el Tribunal de instancia ha incurrido en el yerro acusado por el recurrente; esto es: con cargo al caso primero del artículo 268 del COGEP por la indebida aplicación de la norma procesal contenida en el artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos y la falta de aplicación del artículo 306 numeral 2 ibídem; y, la causal quinta del artículo 268 del COGEP por la falta de aplicación de los artículos 71 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. De comprobarse dichos vicios en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

III.- ANÁLISIS

3.1.- El cargo contenido en el caso primero del artículo 268 del COGEP se produce cuando la resolución impugnada ha incurrido en los yerros de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea

interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. La acusación casacional motivo de la presente impugnación es aquella que la doctrina y la jurisprudencia la ha denominado como un error *ª juris in procedendoº* , su objetivo constituye proteger las leyes del procedimiento, tanto en lo relacionado a la tramitación de la causa, como las que se refieren al pronunciamiento del fallo; por tanto, el control de legalidad que se ejerce sobre la sentencia impugnada tiende a garantizar la tutela del orden jurídico y el debido proceso.

En la especie, el recurrente acusa a la sentencia del vicio de indebida aplicación del artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos y la falta de aplicación del artículo 306 numeral 2 del referido cuerpo legal. Al respecto, el vicio de indebida aplicación hace referencia a que la norma aplicada ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla, es decir entrañaría *ª un error de selecciónº* . Por otro lado, el vicio de falta de aplicación implica un vicio de existencia, y se presenta cuando el juzgador ha omitido aplicar la norma que necesariamente debía ser considerada para resolver el asunto controvertido, correspondiéndole demostrar la trascendencia o incidencia del vicio acusado en la parte resolutiva del fallo recurrido, evidenciando de qué manera la sentencia hubiera sido diferente si se las hubiera aplicado.

3.1.1.- El recurrente en su recurso de casación para sustentar el vicio de aplicación indebida del artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos con sujeción al caso primero del artículo 268 del COGEP ha propuesto la siguiente fundamentación: *ª ¼El razonamiento que operadores judiciales aplicaron en el fallo recurrido determina que operó la caducidad de la acción contenciosa formulada por el recurrente, porque desde que ocurrió la notificación del acto impugnado el 17 de enero de 2017, hasta la fecha en que fue presentada la demanda contenciosa administrativa el 18 de diciembre de 2017, transcurrieron más de los 90 días término que el Art. 306, numeral 1 del COGEP prevé para interponer una acción subjetiva o de plena jurisdicción ante el órgano judicial. (¼) la acción deducida por el recurrente no es una acción subjetiva o de plena jurisdicción como desatinadamente lo sostiene la sala juzgadora en el fallo impugnado, por el contrario se trata de una acción de anulación objetiva o de exceso de poder, por lo que el término para presentar la acción de 90 días como lo sostiene la sala, sino que tiene un plazo de 3 años, razón por la cual, no opera la caducidad (¼) En tales circunstancias, la aplicación indebida del artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, fue determinante en la decisión de la sala juzgadora, pues con sustento en ella resolvió declarar la caducidad, lo que a su vez provocó indefensión al recurrente, pues al terminarse arbitrariamente el proceso de una manera*

anormal, se impidió que ejerza su defensa aportando prueba, exponiendo sus argumentos, compareciendo a audiencia y recibiendo una sentencia de fondo que se resuelva su pretensión y se brinde una tutela judicial efectiva. Al verificarse que se trata de un recurso de anulación objetiva o de exceso de poder, los juzgadores de la sala debían aplicar el Art. 306, numeral 2 del COGEP que prevé el plazo de 3 años para proponer la acción, si se aplicaba esta norma que es la que correspondía aplicar no había lugar a la caducidad¼º

3.1.2.- Con respecto al vicio de falta de aplicación del artículo 306 numeral 2 de Código Orgánico General de Procesos manifiesta: *ª ¼En la sentencia recurrida existe falta de aplicación del Art. 306.2 del COGEP, porque la sala juzgadora, pese a que el recurrente formuló una acción contenciosa administrativa de anulación objetiva o de exceso de poder omitió aplicar la norma jurídica pertinente; y, en su lugar, aplicó indebidamente una norma jurídicamente impertinente, el Art. 306.1 del COGEP, el cual es aplicable únicamente a la acción subjetiva o de plena jurisdicción (¼) La falta de aplicación del Art. 306.2 del COGEP, provocó que la sala juzgadora determine que la acción deducida por el recurrente se encontraba presentada por fuera del término de 90 días, razón por la cual se resolvió declarar la caducidad de la acción, impidiendo que el proceso continúe sustanciándose y que el recurrente pueda ejercitar su defensa hasta recibir una sentencia de fondo respecto de su pretensión. Si la sala hubiere aplicado el Art. 306.2 del COGEP, habría evidenciado que la acción presentada se encontraba formulada dentro del plazo que no cabía la caducidad, por lo que debía continuarse sustanciando la causa hasta emitir una sentencia de méritoº* .

3.1.3.- Nótese, que en ambos vicios acusados el argumento del recurrente se reduce a que en su demanda se propuso una de acción de anulación objetiva o por exceso de poder y no a una acción subjetiva o de plena jurisdicción, en ese sentido, el tiempo para presentar la acción es de 3 años y no el término de 90 días, y sostiene que es por ello que en el presente caso no opera la caducidad como erradamente lo sostiene el Tribunal de instancia en el fallo impugnado; el cual en su parte pertinente señala: *ª ¼La demanda es presentada a trámite en Quito el 18 de diciembre de 2017, la cual mereció Auto Inhibitorio de 03 de enero de 2018 a las 09h18, en razón del territorio por efectos del domicilio del accionante. En la reforma a la demanda presentada ante este Tribunal, el accionante determina como pretensión, que en sentencia se declare, Que los actos administrativos son ilegales al infringir expresas disposiciones legales vigentes y por lo tanto son nulos y que como consecuencia de las nulidades que se viene solicitando, se deje sin efecto jurídico los mismos.Como puede observarse, no se especifican taxativamente los actos administrativos que se impugnan en esta acción, ni se tiene presente que la determinación de la responsabilidad civil constante en Resolución 8065 de 07 de junio de 2016 emitida en su contra le fue notificada el 17 de enero de 2017, teniendo a partir de entonces el término de noventa días para accionar jurisdiccionalmente, conforme lo prescribe el Art.*

306 del COGEP en concordancia con lo dispuesto en el art. 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.º

Es importante señalar que la calificación procesal del tipo de acción contencioso administrativa, es de exclusiva competencia jurisdiccional, es así que, la jurisprudencia ecuatoriana ha señalado reiteradamente que: *ª En cuanto a la determinación de la clase de recurso interpuesto tanto la unánime jurisprudencia de esta Sala como del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como la doctrina de los tratadistas establecen que corresponde al tribunal determinar si el recurso propuesto es objetivo o subjetivo, aún contra lo que diga el recurrente, habida cuenta de que éste bien puede utilizar la determinación del recurso para adecuarlo a sus personales intereses en el caso¼º (Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2972).* Con respecto a la oportunidad para presentar las acciones contencioso administrativas, el artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos en sus numerales 1 y 2 señalan que: *ª 1. En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado. 2. En los casos de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto impugnadoº*

A su vez, sobre la clara diferencia entre los dos tipos de recursos, es necesario citar también la Jurisprudencia nacional: *ª Dicho en otros términos, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo decide sobre la validez del acto administrativo, las indemnizaciones, costas y demás reclamaciones a que hubiere lugar; y, contrastando con estas características del recurso de plena jurisdicción, surge el recurso de anulación u objetivo, que pretende, precisamente, la anulación del acto administrativo, con el único objeto de que se restablezcaº* .

En ese sentido, el recurso objetivo propende principalmente a la anulación de un acto normativo de efectos generales y permanentes *ª erga omnesº* , esencialmente trata de normas reglamentarias, por tanto, la acción tiene como finalidad que dicho acto normativo sea eliminado del ordenamiento jurídico por ser contrario a la ley; entonces de la relación de los hechos expuestos en la demanda, así como la pretensión propuesta por el actor, se puede advertir con total claridad que la acción no está relacionada con un recurso objetivo o de anulación; y por el contrario estamos frente a un derecho subjetivo que se asevera ha sido negado, desconocido o vulnerado, por lo que la proposición del recurso subjetivo o de plena jurisdicción tiende precisamente a su protección.

En tal virtud, esta Sala Especializada coincide con la calificación que el Tribunal de instancia le ha dado a la acción propuesta por el actor, esto es, la de un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, consecuentemente la oportunidad para la proposición de la acción judicial se encuentra establecida en

el numeral 1 del artículo 306 del COGEP, es decir, el actor debía ejercer su derecho a demandar en el término de 90 días contados a partir de la notificación de la resolución original que confirmó la responsabilidad civil, observándose que efectivamente se ha superado el término legal establecido, por lo que el ejercicio de la acción ha caducado definitivamente. Sobre este particular, Manuel María Díez señala: *ª La caducidad ocurre por la inoperancia del demandante durante un determinado período de tiempo. (¼) la caducidad no es un acto sino un simple hecho. La eficacia jurídica procesal de la misma no tiene en cuenta la voluntad del demandante sino un simple hecho: el transcurso del término señalado por la ley. (¼) La caducidad puede declararse de oficio o a petición de parte. Teniendo en cuenta el carácter de instrucción del proceso administrativo, evidentemente el Tribunal ha de poder declarar de oficio la caducidad cuando ha vencido el término fijado por la ley. (¼) vencido el término señalado por la ley para que se declare la caducidad, el demandante no puede interponer la acción (¼) La caducidad de la acción no significa la invalidez del acto (¼) si el plazo para iniciar la acción coincide con el de la caducidad, transcurrido este término caducan la acción y la instancia.º* (Manuel María Diez, Derecho Administrativo, Tomo VI, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires-Argentina, 1972, páginas 152 a 155).

En consecuencia, una vez que se ha establecido que la proposición del actor corresponde a una acción subjetiva o de plena jurisdicción y que por ende el término para proponer la acción es de noventa días, se puede concluir que el Tribunal de instancia ha aplicado la norma pertinente, esto es el artículo 306 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos y en base a ello de manera adecuada ha concluido que se ha producido la caducidad de la facultad que tenía el accionante para proponer la acción, razón por la cual los vicios acusados por la casual primera no pueden progresar.

3.2.- Con cargo al caso quinto del artículo 268 del COGEP el recurrente acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de los artículos 71 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Cabe precisar que la acusación casacional que se sustenta en el caso quinto, y que motiva la presente impugnación, es aquella que la doctrina y la jurisprudencia la han denominado como un error o vicio *"in iudicando*º, el cual se configura por la violación de la norma de derecho que acarrea una conclusión contraria a la realidad de los hechos, en este tipo de impugnaciones prima el interés general sobre el particular.

Para fundamentar el recurso por este vicio el recurrente manifiesta: *"¼ En la sentencia recurrida existe falta de aplicación de las normas de derecho contenidas en los Arts. 71 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por cuanto el tribunal juzgador omitió pronunciarse respecto a la caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado alegada por el recurrente, tal situación ocurrió porque los operadores judiciales al haber aplicado indebidamente el Art. 306.1 del COGEP, declararon la caducidad, pero no de las facultades de la Contraloría General*

*del Estado, sino la caducidad de la acción contenciosa administrativa deducida por el compareciente, lo que impidió que el tribunal realice un (sic) el análisis de fondo de la controversia y se pronuncie sobre la pretensión del recurrente que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de los Arts. 71 y 72 de la LOCGE y que se declare la nulidad de los actos administrativos impugnados por haber sido emitidos sin competencia en razón del tiempo al verificarse que operó la caducidad*ª .

Es importante señalar que la *ratio decidendi* de la sentencia en cuestión, es la caducidad de la facultad del actor para proponer la acción, por lo que, para el análisis jurisdiccional, no correspondía la aplicación de los artículos 71 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, toda vez que al haber caducado el ejercicio de la acción subjetiva, no correspondía procesalmente al Tribunal de instancia realizar el control de legalidad del acto administrativo impugnado, ni las circunstancias y el tiempo que precedieron a su emisión.

Por lo expuesto, resulta intrascendente la aplicación de las normas cuya falta de aplicación se ha acusado, puesto que 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 los vicios acusados deben envestir de significativa relevancia en la decisión del fallo, de tal manera, que al evidenciarse los mismos la decisión del fallo resultare distinta. El principio de trascendencia es entendido como el perjuicio cierto e irreparable ocasionado en la sentencia impugnada vía recurso de casación. 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 dispositiva¼º* (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 caminoº* . (Resolución No, 89-2001 de 02 de marzo de 2001, juicio No. 168-98). En la especie, no se ha logrado evidenciar la relevancia de la causal que motiva el recurso de casación, puesto que aun considerándose las mismas, la decisión no hubiese sido modificada en ningún punto, por lo que la impugnación deviene en improcedente por este extremo.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el ingeniero Max Eduardo Encalada Zamora; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada 10 de diciembre de 2020,

a las 08h15, por la Sala Única del Tribunal Distrital No.- 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 17811-2017-01311.- Se deja a salvo el derecho del ingeniero Max Eduardo Encalada Zamora, a fin de que en la vía administrativa presente las acciones que considere pertinentes para la defensa de sus derechos.- 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

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

FUNCIÓN JUDICIAL

171922529-DFE

Juicio No. 18803-2015-00115 RESOLUCION N° 254-2022

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, miércoles 16 de marzo del 2022, las 15h53. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Fabián Patricio Racines Garrido y Milton Enrique Velásquez Díaz fueron designados como Jueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional 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 No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021 suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** El 07 de mayo 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 Fabián Patricio Racines Garrido, Milton Enrique Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. Somos competentes 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 artículo 1 de la Ley de Casación, encontrándose el recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I. ANTECEDENTES:

1.1.- En sentencia expedida el 28 de marzo de 2019, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, dentro del juicio N° 18803-2015-00115 seguido por MILTON RODOLFO TENE MULLO contra el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, resolvió: *"ACEPTA PARCIALMENTE LA DEMANDA; ordena al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba proceda en el término de treinta días hábiles, a pagarle al actor los rubros LIMPIEZA DE TERRENO, REPLANTEO Y NIVELACIÓN, EXCAVACIÓN DE PLINTOS, RELLENO COMPACTADO, HORMIGÓN SIMPLE, ACERO DE REFUERZO, ENLUCIDO VERTICAL, ENLUCIDO HORIZONTAL, TUBERÍA PVC 75 mm, INSTALACIÓN AGUA PVC ½" DESAGÜE PVC 75mm, CERRAMIENTO DE MALLA por la suma de TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS (USD $ 31,298.47) valorados al año 2012;*

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

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

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

más el interés legal por mora calculado a partir de la fecha de celebración del acta de entrega recepción definitiva de los trabajos ejecutados mediante contrato de menor cuantía No. 136-2010, celebrado entre la Ilustre Municipalidad de Riobamba y el arquitecto Milton Rodolfo Tene Mullo para realizar la obra ª CONSTRUCCIÓN DE CERRAMIENTO DE MALLA, GRADAS CON VISERAS ESTADIO EL BATANº de 21 de mayo de 2012; hasta que se pague efectivamente dicho valor. La propia entidad pagará al actor el valor según el artículo 170 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicasº .

1.2.- Los representantes legales del GAD Municipal de Riobamba presentaron recurso horizontal de aclaración y ampliación, recurso éste que fue resuelto por el tribunal de instancia con auto de 22 de abril de 2019 en los siguientes términos: ª*ACEPTA parcialmente el petitorio de aclaración a la sentencia dictada en la causa, en el siguiente sentido: que el interés legal por mora será calculado por disposición del artículo 125 inciso último del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En lo demás las partes se servirán observar lo dispuesto en la sentenciaº* .

1.3.- El ingeniero Byron Napoleón Cadena Oleas y la abogada Rita Paola Castañeda Goyes, en sus calidades de Alcalde y Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba respectivamente, interpusieron recurso de casación en contra de la sentencia referida en líneas anteriores y del auto de aclaración, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- Mediante auto de 30 de julio de 2020, el Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación presentado por los actores del juicio respecto a todas causales acusadas.

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

2.1.- VALIDEZ PROCESAL:

En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, sin que existe vicio que lo pueda invalidar, consecuentemente, se declara la validez del recurso.

2.2.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN:

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

2.3 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.-

El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 08 de marzo de 2019 y su auto de aclaración de fecha 22 de abril de 2019, expedidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, adolece de los yerros acusados por el recurrente, esto es, por las siguientes causales del artículo 3 de la Ley de Casación: causal quinta por carecer del requisito de motivación; causal tercera por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, causal primera por falta de aplicación de los artículos 87, 89, y 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

III.- ANÁLISIS

3.1.- El recurrente con sustento en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación sostiene que la sentencia impugnada incurre en el yerro de falta de motivación, es así que en lo principal sus argumento se remiten a que: *ª El fallo recurrido fuera de contener un sinnúmero de hechos confrontados por las partes, específicamente respecto a lo sucedido dentro de la presente causa, y de una manera relativamente extensa, mas sin embargo en ninguno de los considerandos que se realiza este detalle de los hechos mencionados, se determina en base a que norma de Derecho, el Tribunal ha tomado la determinación de conceder el Derecho al actor es decir si bien es cierto se ha realizado un análisis de los hechos acaecidos dentro del contrato administrativo materia de la controversia, no se ha determinado en forma expresa y clara en que normas de derecho se basó el Tribunal para mandar a pagar la cantidad USD. 31.298,47 además invoca los literales* ***b)*** *y* ***d)*** *el artículo 12 del REGLAMENTO DE DETERMINACIÓN DE ETAPAS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE OBRAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, que no estaba vigente para su aplicación, convierte al*

fallo el inmotivado, y conforma la Constitución de la Republica (sic) del Ecuador y sentencia de la Corte Constitucional, en nulo de nulidad absolutaº .

En lo que respecta a la alegación del casacionista en el sentido de que en la sentencia recurrida se ha aplicado una norma reglamentaria que se encontraba derogada, se debe señalar que, a fin de analizar las actuaciones y los informes emitidos por la Fiscalizadora de la Obra, en la sentencia recurrida el Tribunal de instancia se remite al oficio en el que la referida Fiscalizadora afirma que no ha emitido informe alguno para la liquidación de la obra ejecutada y que dichos trabajos no han sido autorizados. Sobre este documento público, el Tribunal de instancia señala que en el evento de que los trabajos no hubieren sido autorizados, la Fiscalizadora estaba en la obligación de ordenar la demolición de los rubros no contemplados en el contrato. Para fundamentar esta aseveración, en la sentencia recurrida se cita no solamente el Reglamento que el recurrente afirma estar derogado para la fecha de suscripción del contrato, sino que además se fundamenta en el numeral 4.10.06 de las condiciones específicas del proceso de contratación que consta a fojas 158 del expediente, que forma parte del proceso de contratación MCO-IMR-CP-073-2010 que antecede al contrato de ejecución de obra para la Construcción del cerramiento de malla, gradas con viseras del Estadio El Batán, norma ésta que es especial y posterior, y que textualmente dispone: ª *Cuando la fiscalización determine que los trabajos realizados o en ejecución fueren (¼) no aprobados, por no ceñirse a los planos, especificaciones correspondientes o a las instrucciones impartidas por fiscalización (¼) podrá ordenar la demolición y reemplazo de tales obras, todo a cuenta y costo del contratista*º . Adicionalmente se debe mencionar que la sentencia recurrida resolvió aceptar parcialmente la demanda no solamente por lo dicho por la Fiscalizadora de la obra, sino por todos los hechos detallados en el fallo recurrido y por todas las demás normas jurídicas citadas de manera expresa, entre ellas el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en base al cual el Tribunal de instancia determinó que en el presente caso se había generado una obligación que produjo afectación presupuestaria. Entonces, la argumentación del casacionista en el sentido de que la sentencia recurrida se fundamente en una norma reglamentaria derogada, carece de trascendencia.

Por lo demás, el casacionista aduce que el Tribunal de instancia no ha determinado en base a qué normas ha ordenado el pago de valores a favor del actor del juicio. Sobre el particular se debe señalar que este Tribunal de casación ha verificado que en la sentencia recurrida constan las normas legales, reglamentarias y contractuales en las cuales se fundamenta la decisión, y se ha explicado la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del caso, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República. En ese orden, es propio remitirse a la sentencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, en reciente jurisprudencia sobre la garantía de motivación, en la que ha puntualizado: ª *26. Como se aprecia, esta disposición*

constitucional garantiza el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa de la siguiente manera: prescribe que una resolución del poder público ª será nulaº ±es decir, la autoridad competente deberá invalidarla± ª si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hechoº. En consecuencia, como ha establecido esta Corte, la garantía de la motivación específicamente busca asegurar, so pena de nulidad de la resolución de autoridad pública, que la motivación reúna ciertos ª*elementos argumentativos mínimos*º establecidos en esa misma disposición. Es decir, el artículo 76.7.l de la Constitución no garantiza que la motivación de toda decisión pública sea correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos ±esta es tarea del ordenamiento jurídico en su conjunto±, sino que la motivación sea suficiente, es decir, que satisfaga los referidos elementos mínimos con miras al ejercicio efectivo de los derechos al debido proceso y a la defensa. ª *75. Toda argumentación jurídica debe ser coherente porque, cuando el artículo 76.7.l de la Constitución exige que la ª explicaciónº de la pertinencia de su aplicación de las normas o principios constitucionales a los antecedentes de hecho, supone que tal ª explicaciónº no debe ser contradictoria y debe ser determinante de la decisión. En esta misma línea, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que una motivación debe guardar coherencia entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas), la conclusión y la decisión final del procesoº*. (Sentencia No. 1158-17-EP/21 de fecha 20 de octubre de 2021, Caso Garantía de la motivación, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador). En la especie, analizada que ha sido la línea argumentativa utilizada por el Tribunal de instancia para motivar su decisión, se constata que la misma contiene una argumentación fáctica suficiente y una argumentación jurídica suficiente, debidamente articulada y expuesta de una manera coherente y lógica. El hecho de que lo resuelto en el fallo recurrido no coincida o convenga a los intereses procesales de la entidad vencida en la contienda judicial, no es causa suficiente para alegar nulidad de la resolución por falta de motivación; por lo que se desecha el recurso por este extremo.

3.2.- Con cargo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación el recurrente acusa a la sentencia recurrida de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación establece como yerro de la sentencia la: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto recurridos. El vicio invocado consiste en la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conducen a su vez a la

equivocada aplicación de normas de derecho. Es así que en esta causal concurren dos violaciones sucesivas: la primera, de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y la segunda, de violación de la norma sustantiva, como consecuencia de la primera. Son tres los medios o formas en que se comete el vicio bajo esta causal; esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. En tal virtud, el casacionista que invoca la causal tercera debe especificar y citar lo siguiente: a) los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba respecto de los que el Tribunal ha incurrido en el yerro; b) el modo en el que se ha cometido el yerro, esto es si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) qué normas de derecho sustantivo han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, d) la individualización del medio probatorio respecto al cual se acusa la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en virtud de que no es dable que el Tribunal de Casación de oficio sea quien identifique en el proceso cual o cuales son los medios de prueba que posiblemente se erraron.

En lo medular los argumentos del casacionista se contraen a los siguientes puntos: *ª El fallo recurrido en los Considerandos Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo no realiza el análisis de las pruebas en su conjunto, tal como así lo determina el Art 115 del Código de Procedimiento Civil que dispone en su inciso segundo que el Juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, situación que en la especie no ha ocurrido en el presente caso, por cuanto únicamente y de forma muy vaga se analizan las pruebas del actor sin existir una sola prueba de la administración municipal que haya sido analizada o confrontada de forma expresa y objetiva. De igual forma se menciona por parte del Tribunal que se ha realizado una Inspección Judicial y en esta se realizado una pericia, sin realizar ni analizar de forma mínima siquiera la pericia, solamente ha justificado su aplicación toda vez que la entidad municipal no ha impugnado la misma, cuando lo que correspondía era en forma razonada y también que esta pericia contenga los respaldos suficientes, lo cual en la especie no ha sucedido, ya que se puede observar que en la mencionada pericia se establecen valores sobre porcentajes de supuestas obras realizadas sin ni siquiera contar en la pericia la medición correspondiente para justificar los rubros descritos en los valores adjuntos a la mismaº*.

Resultan oportuno señalar que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, de forma general, se remiten a la integralidad, ejercicio e indivisibilidad de la prueba, así como, a la validez y eficacia legal del medio probatorio y la oportunidad procesal para la práctica de la misma. En el presente caso, el casacionista cita como precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba el contenido en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que establece que la prueba debe ser

valorada en su conjunto. Para fundamentar el recurso por este vicio el recurrente se ha limitado a señalar, de manera general y abstracta, que el Tribunal de instancia no ha realizado un análisis de las pruebas en su conjunto, agregando que se ha omitido la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas. Al respecto se verifica que en el considerando séptimo de la sentencia recurrida el Tribunal de instancia ha analizado y ha valorado las pruebas que sirvieron de fundamento para su decisión, tanto las aportadas por la parte actora como la prueba practicada por el GAD Municipal de Riobamba; y, es precisamente en base a esa confrontación que se ha hecho de todo el acervo probatorio que el Tribunal de instancia llega a concluir lo siguiente: ª *De lo expuesto puede concluirse que la entidad contratante y el actor coinciden en que operó la ejecución de rubros y cantidades de obra no previstos en el contrato de ejecución de obra MCO-136-2010 para la CONSTRUCCIÓN DE CERRAMIENTO DE MALLA, GRADAS CON VISERAS ESTADIO EL BATÁN; y, que la controversia versa en primer lugar, sobre la falta de autorización para la ejecución de dichos trabajos por un lado, y sobre la procedencia del pago de dichos rubros adicionales por otro*º. Precisamente, para verificar lo argumentado por el actor del juicio y para comprobar las excepciones planteadas por la institución pública demandada, así como para resolver el asunto controvertido, el Tribunal de instancia, en el considerando octavo de su fallo, acudió al expediente administrativo del proceso de contratación MCO-IMR-CP-073-2010, que precisamente fue presentado por el GAD Municipal de Riobamba como prueba a su favor, y valoró los distintos instrumentos jurídicos que ahí constan. En cuanto a la valoración de los rubros que motivaron la controversia, el Tribunal de instancia considera y valora el informe pericial que obra del proceso, señalando además que ª *Respecto de la valoración de los rubros la entidad demandada no hizo ningún aporte probatorio que controvierta las conclusiones del informe pericial, ni formuló ninguna observación al informe pericial dentro del término concedido*¼ º. Lo transcrito revela que el GAD Municipal de Riobamba no hizo ninguna observación ni presentó objeción alguna respecto al referido informe pericial, por lo que resulta improcedente que ª recién º en casación el recurrente se acuerde que dicho informe carecería de los respaldos correspondientes y pretenda que este Tribunal de casación revise nuevamente el acervo probatorio y corrija el valor de los rubros ejecutados. En tal virtud, esta alegación, presentada de forma aislada y genérica, no es suficiente para formular un cargo casacional en contra de una sentencia, ya que tal estructura recursiva se aleja de la técnica de casación que exige la causal alegada y el vicio acusado, debiendo además considerarse que lo que ha quedado develado es el simple desacuerdo de la entidad demandada con la forma en que ha sido valorada la prueba.

Es necesario recordar que para la procedencia del recurso de casación, la violación de los de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, necesariamente deben haber conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto recurridos. En el caso *in examine*, el recurrente afirma en su recurso que la violación de los preceptos

jurídicos aplicables a la valoración de la prueba ª *han ocasionado de igual forma que el Tribunal haya dejado de aplicar los Arts. 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*º . Es necesario señalar que resulta improcedente que el casacionista, al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, cite como infringidos los mismos artículos que utilizó para alegar el vicio de falta de aplicación, pero al amparo de la causal primera. Las causales y los vicios previstos en el artículo 3 de la Ley de Casación son autónomos e independientes, ya que provienen de circunstancias totalmente disímiles, por lo que resultan excluyentes entre sí. Por tal motivo, resulta improcedente que el casacionista alegue como infringidas las mismas normas pero al amparo de causales diferentes que son excluyentes entre sí; motivos por los cuales se rechaza el recurso por este extremo.

3.3.- Con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación el recurrente acusa a la sentencia recurrida del vicio de falta de aplicación de los artículos 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La causal primera que sirve de fundamento para el recurso en análisis se refiere a la violación directa de la norma sustantiva o de fondo, es el denominado ª *vicio in iudicando*º , y lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho sustantiva, es por eso que recae sobre la pura aplicación del derecho, y se produce cuando el juez de instancia deja de aplicar la norma ± falta de aplicación; utiliza una norma impertinente ± indebida aplicación; o cuando se le atribuye a una norma de derecho un sentido equivocado ± errónea interpretación. En la especie, el casacionista acusa el vicio de falta de aplicación el cual se origina cuando hay omisión de aplicar las normas legales llamadas a solucionar el asunto litigioso, se ha prescindido de una disposición sustantiva de carácter preponderante para la resolución del litigio, es decir, se deja de lado el precepto jurídico apropiado para la decisión de la causa, que de haberlo incorporado conduciría a que la resolución fuese distinta. En este evento el casacionista debe evidenciar a través de su fundamentación la trascendencia de la norma que ha dejado de aplicarse.

Para fundamentar su recurso el casacionista señala: ª *El Tribunal en el fallo recurrido no ha tomado en consideración por tanto dejo de aplicar los Arts. 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, toda vez que verificados los considerandos Séptimo, Octavo y Noveno de la sentencia recurrida no existe constancia de haber realizado análisis alguno de las mencionadas normas de derecho, que de haberlo realizado como correspondía se debió haber tomado en cuenta que conforme el Art. 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se determina que si para la adecuada ejecución de una obra se necesitase de creación de*

nuevos rubros podrá celebrarse contratos complementarios previstos en el artículo siguiente así como también para el pago de rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la entidad contratante si los tuviere caso contrario se establecerán de mutuo acuerdo. Así mismo el Art. 87 Ibídem, claramente determina que la suma total de las cuantías de contratos complementarios no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal; el Art. 89 Ibídem, prevé que la entidad contratante podrá disponer duramente la ejecución hasta el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal para la realización de rubros nuevos, estando debidamente soportados con el presupuesto correspondiente y, las ordenes de trabajo deberán contener las firmas de las partes y de la fiscalización; por último el Art. 90 Ibídem, determina de forma necesaria el tener de manera previa la respectiva certificación de existencia de recursosº.

Al respecto se verifica que en el considerando octavo de la sentencia recurrida, a diferencia de lo aseverado por el recurrente, el Tribunal de instancia efectivamente sí consideró y analizó las normas que el casacionista afirma que fueron inaplicadas. En efecto, a lo largo del referido considerando octavo el Tribunal de instancia cita las distintas actividades administrativas que demuestran que la entidad contratante tenía pleno conocimiento de las obras ejecutadas por el actor del juicio, y no solo eso, sino que además el Tribunal de instancia considera los diferentes documentos, que no fueron controvertidos por la entidad contratante, en los que se evidencia la ejecución de las obras, su utilidad, el valor desagregado de cada ítem y el hecho de que las mismas están en pleno funcionamiento. El Tribunal de instancia en este considerando analiza las obras ejecutadas pero ªno autorizadasº y al respecto transcribe lo dicho por la fiscalizadora de la obra quien señala: ª*Fiscalización no ha emitido informe alguno para que se realice dicha liquidación en vista que como se ha comentado no son trabajos autorizados y no se cuenta con la disponibilidad económica, con esto, quiero acentuar que los rubros realizados y ejecutados fueron de exclusiva responsabilidad del contratista¼º*. Nótose que la propia fiscalizadora de la obra reconoce expresamente que los diferentes rubros fueron efectivamente realizados y ejecutados por el Contratista, actor del juicio. Lo que afirma dicha fiscalizadora es que los referidos trabajos constructivos no han sido autorizados; y, ante esa argumentación el Tribunal de instancia señala que: ª¼ *es insostenible este criterio pues fiscalización no cumplió con su deber establecido en el antedicho artículo 12 (del Reglamento de determinación de etapas del proceso de ejecución de obras y prestación de servicios públicos) ni actuó como disponía el numeral 4.10.06 de las condiciones específicas del proceso de contratación (fojas 158). El Tribunal concluye que si bien la Fiscalización omitió disponer el reemplazo o demolición de los rubros ejecutados que no fueron parte de los rubros contratados, en realidad dichos rubros solucionaban errores, omisiones e imprevisiones técnicas de la obras objeto del contrato, en consecuencia la entidad contratante realmente incurrió en una obligación presupuestaria al tenor del Acta de entrega recepción definitiva de la obra¼º*. A continuación el Tribunal de instancia cita el numeral 2 del

artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que dispone que la obligación genera y produce afectación presupuestaria cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios, haya habido o no compromiso previo, agregando esta disposición legal que ª*se entenderá por documentos justificativos los que determinen un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras*¼º. Es con base a las consideraciones precedentes que el Tribunal de instancia, en el considerando octavo de la sentencia recurrida, arriba a la siguiente conclusión: ª¼ *siendo indiferente al reclamo del actor, la inobservancia de la entidad demandada a los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; por cuanto pretende beneficiarse de dicha inobservancia, siendo que realmente incurrió en una obligación presupuestaria*¼º. Lo transcrito evidencia que para arribar a la resolución constante en la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia consideró y analizó los artículos de la Ley de la materia que el casacionista considera infringidos por su falta de aplicación, a tal punto que en la sentencia recurrida se afirma que los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fueron incumplidos, inobservados por el GAD Municipal de Riobamba, siendo improcedente que la entidad contratante pretenda beneficiarse de dicha inobservancia para eludir el pago de los trabajos debidamente ejecutados por el Contratista. En tal virtud, no puede progresar un recurso de casación en que se alegue la falta de aplicación de determinados artículos que fueron incumplidos por el propio recurrente y que sí fueron considerados en la sentencia recurrida, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechaza el recurso de casación interpuesto por el Alcalde y por la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba; y, en consecuencia NO casa la sentencia de 28 de marzo de 2019 expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato dentro del juicio N° 18803-2015-00115.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.-**

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

JUEZ NACIONAL

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



Mgs. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

MG/PC

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

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

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