

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:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

**J11804-2019-00008, J11804-2018-00434,
J11803-2013-0429, J17741-2016-1162, J17811-
2018-00944, J17811-2018-01057, J17741-2015-
0077, J09802-2018-00497, J01803-2018-00459,
J17811-2013-6019, J01803-2018-00194**

FUNCIÓN JUDICIAL

153359334-DFE

RESOLUCION No. 551-2021

Juicio No. 11804-2019-00008

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, jueves 8 de julio del 2021, las 10h08. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Fabián Patricio Racines Garrido y Milton 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 No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificado por el artículo 2 de la resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** conforme lo establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 04-2021 y considerando la nueva integración de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se dispuso el resorteo total de los procesos judiciales; **d)** el 20 de abril 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 Fabián Patricio Racines Garrido, Milton Velásquez Díaz e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso; **e)** somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia dictada el 16 de diciembre de 2019, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, dentro del juicio No. 11804-2019-0008 deducido por el señor Ángel Ediviges Poma Capa, en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, resolvió aceptar la demanda y en consecuencia declarar la nulidad del oficio No. GPL-P-2018-0582-OF de fecha 18 de octubre de 2018, por lo que se dispone que el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja cancele al actor el beneficio por jubilación considerando la totalidad del tiempo de servicio laborado por el accionante en el sector público, contados a partir del quinto año de servicio, valor del cual se deberá descontar el monto económico ya entregado al accionante, estableciéndose

además que el monto que corresponda cancelar deberá ser liquidado pericialmente.

1.2.- El Procurador Judicial del Prefecto de la provincia de Loja y del Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Loja interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia.

1.3.- Con auto de 09 de marzo de 2020, el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, por la falta de aplicación del inciso tercero y cuarto del artículo 58 y artículo 82 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 26 de mayo de 2021 se convocó para el día martes 22 de junio de 2021, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció de manera presencial el Procurador Judicial de los recurrentes ± Gobierno Autónomo Provincial de Loja, así como el Procurador Judicial del actor debidamente acreditados para el efecto. El procurador judicial de los recurrentes fundamentó su recurso en base a la causal admitida a trámite; de su parte el actor mediante su defensa técnica contestó el cargo acusado en el recurso. Luego de escuchar las intervenciones de las partes procesales registradas en el audio que consta agregado al proceso, 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 la etapa casacional.

2.2.-Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2019, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, dentro del juicio No. 11804-2019-0008, ha incurrido en el yerro acusado por el recurrente; esto es, el caso quinto del artículo 268 del COGEP por la falta de aplicación del inciso tercero y cuarto del artículo 58 y artículo 82 de la Ley Orgánica de Servicio Público. De comprobarse dicho vicio en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que en derecho corresponda.

III.- ANÁLISIS

3.1.- En cuanto al vicio contenido en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, la entidad casacionista en lo principal sostiene: *“ En este caso, los jueces al dictar sentencia no han considerado que el tiempo de servicios por contratos ocasionales con los cuales laboró el accionantes fueron por el lapso de aproximadamente de 10 años y solamente 5 años estuvo con nombramiento permanente; sin embargo, se ordena que se pague la compensación calculando todo el tiempo que prestó sus servicios, incluidos los 10 años de contrato. Esta situación es equivocada, pues el inciso tercero y cuarto del Art. 58 de la LOSEP, disponen que, primero, este de contratos no genera estabilidad; y, segundo, que tales contratos están exentos del pago de las indemnizaciones y compensaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación. (¼) Esta disposición es clara al señalar que solamente el servidor de carrera tiene garantizado entre otros, los incentivos económicos; en este asunto, el actor de este proceso al haber obtenido el nombramiento definitivo el 1 de octubre de 2011, tiene derecho a dicha compensación previsto en el Art. 129 de la LOSEP, pero calculando dicho beneficio a partir del quinto año (2016) y no como se lo ha hecho calculando todo el tiempo de servicios que laboró con contrato ocasional. Señores jueces la falta de aplicación del inciso tercero y cuarto del Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público; y, Art. 82 de la LOSEP que tiene que ver a que los contratos ocasionales no generan estabilidad y que los mismos están exentos del pago de las indemnizaciones y compensaciones para jubilación, los lleva a que al dictar sentencia equivocadamente acepten la demanda aplicando disposiciones que son de aplicación a servidores que todo el tiempo han prestado sus servicios en el sector público con nombramiento definitivo” .*

3.2.- 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”*, 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. De su parte, el vicio de falta de aplicación se produce cuando en la sentencia impugnada se ha prescindido de una norma sustantiva de carácter preponderante para la resolución del litigio, es decir, se deja de lado el precepto jurídico apropiado para la decisión de la causa, que de haberlo incorporado conduciría a que la resolución fuese distinta. La falta de aplicación entraña la trascendencia de la norma que ha dejado de aplicarse, y acarrea necesariamente la indebida aplicación de una norma, presupuesto obligatorio para la configuración técnica del vicio referido. *“ Lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho que son las que constan en cualquier código o ley vigente, incluido los precedentes jurisprudenciales. Recae sobre la pura aplicación del derecho. Si la sentencia viola conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay error de juicio del juzgador, por eso, se llama violación directa de la ley” . (Gaceta Judicial No. XVI, No. 3, página 659).*

3.3.- En el ejercicio de cotejamiento lógico que corresponde realizar entre el vicio acusado y lo expuesto en la sentencia impugnada, es pertinente remitirnos a la decisión judicial, para de esta forma identificar el contexto argumentativo que el Tribunal de instancia consignó sobre el punto de debate casacional, así tenemos:

«6.3.4.- Por otro lado, el Tribunal no entiende la alusión y referencia que la entidad accionada realiza respecto del contenido de las disposiciones contenidas en los artículos 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Art. 143 de su Reglamento de Aplicación, articulados que si bien en su texto establecen, respectivamente, que ^a (1/4) El personal que LABORA EN EL SERVICIO PÚBLICO BAJO ESTA MODALIDAD tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento permanente, CON EXCEPCIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES por supresión de puesto o partida o incentivos para JUBILACIÓN (1/4)^o y que ^a (1/4) Por su naturaleza, este tipo de contratos no genera estabilidad laboral alguna, no son sujetos de indemnización por supresión de puestos o partidas, incentivos para la jubilación, planes de retiro voluntario con indemnización, compras de renunciadas, compensaciones por renuncia voluntaria (1/4)^o, **no es menos cierto que dichas disposiciones se encuentran redactadas, considerando la ^aconjugación del verbo laborar^o, en ^a modo indicativo de tiempo presente^o y por ende no resultaban aplicables al accionante pues como se vio, al tiempo de cesación de funciones del actor, éste ya no se encontraba contratado a través de esta figura legal (contrato de servicios ocasionales), sino que por el contrario y como es reconocido por las partes, se trataba de un servidor público de carrera al que le asistía y le asiste el derecho de todo servidor público a ^a Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley^o y consecuentemente ^a Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en la Ley^o, monto que no es otro que aquel previsto en el Art. 129 de la LOSEP, esto es, una compensación o retribución económica de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, **sin que la norma en mención, insistimos, realice ningún tipo de restricción o discriminación de las modalidades de contratación en las que se encontraba un servidor con anterioridad a su designación como servidor público de carrera**, de allí que la entidad accionada debió proceder conforme lo dispuesto en el Art. 226 constitucional, disposición invocada incluso por la propia entidad, y consecuentemente proceder al pago del beneficio en análisis de acuerdo a la letra de la norma, ello en estricto apego al principio de legalidad o de limitación positiva de las competencias de la administración pública contenido en el referido Art. 226, principio que, bajo el marco de este nuevo estado Constitucional de derechos y justicia reconocido en el Art. 1 de la Constitución de la República, implica la sujeción del accionar**

de la administración pública no solo a las normas legales sino con mayor razón a las normas constitucionales, debiendo considerarse, consecuentemente, en esa órbita constitucional, el hecho que el hoy accionante, dada su edad, forma parte de un grupo de atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, a quienes el Estado finalmente, por mandamiento del Art. 35 de nuestra Carta Magna, debe brindar una especial atención y protección dada su particular situación de vulnerabilidad, atención prioritaria en virtud de la cual, correspondía entonces, atenerse a lo dispuesto en el artículo 11 numerales 2, 4 y 5 del propio texto constitucional, el efectivo reconocimiento de derechos más no su restricción o limitación».

3.4.- Para efectos del análisis que nos corresponde es importante señalar que en lo que respecta a la presunta falta de aplicación del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el casacionista incurre en un error de proposición, toda vez que la norma acusada ha sido incorporada expresamente en el contexto argumentativo del fallo impugnado, descartándose por tanto la omisión normativa invocada. Dicha circunstancia sin que amerite un análisis adicional acarrea la improcedencia manifiesta del cargo, en virtud de que la impugnación casacional se caracteriza por la estrictez y alta técnica jurídica a la que debe remitirse la estructura y fundamentación del recurso, requisito de pertinencia jurídica que en el caso no se ha cumplido.

No obstante de aquello, ya en cuanto a lo medular de los argumentos propuestos, es necesario señalar que el Tribunal de instancia ha manifestado que si bien el artículo 58 de la LOSEP contiene excepciones para los servidores públicos vinculados bajo la modalidad de servicios ocasionales, específicamente en cuanto se refiere a los beneficios de estabilidad laboral y los incentivos por jubilación, no es menos cierto que la referida norma no le era aplicable a la situación jurídica del actor, en virtud de que al momento de su cesación de funciones por jubilación mantenía vigente un nombramiento definitivo de carácter permanente, es decir, era un servidor público de carrera en los términos concebidos en el artículo 82 de la LOSEP.

3.5.- En ese orden, el artículo 81 de la LOSEP señala que las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto y percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera. De su parte, el artículo 128 ibídem, establece que las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta Ley, podrán acogerse a la jubilación definitiva cuando hayan cumplido los requisitos de jubilación que establezcan las Leyes de Seguridad Social; y, el artículo 129 del cuerpo legal invocado, en lo pertinente señala que las servidoras o servidores de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a

partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total a partir del año 2015.

En observancia estricta a las disposiciones legales mencionadas, esta Sala de Casación, comparte el criterio del Tribunal de instancia respecto a que la LOSEP no ha establecido ningún tipo de restricción en torno a que en el cálculo de la compensación por jubilación debe excluirse los años en que el servidor público mantenía otro tipo de modalidad contractual; todo lo contrario, el conjunto normativo aplicable únicamente establece que para que proceda el beneficio por jubilación deberá cumplirse los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social, que en el caso del actor se ha verificado su cumplimiento, y se considerarán cada año de servicio sin excepción del régimen al que perteneció con anterioridad al ingreso a la carrera administrativa.

3.6.- Es relevante mencionar que adicional a las normas legales pertinentes para la resolución de la controversia, en la sentencia recurrida se ha considerado que el actor se encuentra dentro de los grupos de atención prioritaria, condición de vulnerabilidad que le garantiza una protección especial y diferenciada que precautele su igualdad material conforme lo señala el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. La pertinencia de este análisis se considera relevante en virtud del principio de primacía constitucional a la que deben remitirse las actuaciones de la administración pública. Al respecto, es propicio remitirse a lo que señala el maestro Agustín Gordillo: *“Las leyes deben respetar la Constitución y a su vez todos los actos de la administración pública deben respetar la Constitución; igual ocurre con las sentencias de los tribunales. Luego la Constitución es la máxima y última expresión de la juridicidad. (1/4) Esta supremacía de la Constitución que nadie discute, no es por supuesto sólo moral o ética: Es ante todo una supremacía jurídica y ello explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva y también jurídica del Estado, pierden validez e imperatividad cuando se apartan de la Constitución. (1/4) Si la Constitución tiene la virtud de dejar sin fuerza coactiva a una ley o a un acto administrativo ± expresiones ambas de la potestad pública ± ello tiene que ser debido, inexorablemente a que ella misma tiene la suficiente imperatividad para inhibir la que a su vez tienen aquellos”*. (Gordillo, Agustín Alberto, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Teoría General del Derecho Administrativo, Primera Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo - 2013, paginas 89 - 90).

3.7.- En cuanto a la falta de aplicación del artículo 82 de la Ley Orgánica de Servicio Público que conceptualiza los requisitos, procedimientos y garantías de la carrera de servicio público, debe señalarse que si bien la referida disposición no ha sido contemplada en las consideraciones y fundamentación de la sentencia impugnada, tampoco se ha transgredido su alcance, puesto que su incorporación no hubiese alterado la decisión del fallo; más bien, partiendo del contenido de esta

norma se ratifica el criterio del Tribunal de instancia respecto a que el actor al momento de su cesación de funciones por jubilación, precisamente era un funcionario de carrera, y por tanto le accedían todos los beneficios previstos en la norma cuya falta de aplicación se acusó.

3.8.- Es importante señalar que en el ámbito casacional uno de los elementos de procedencia determinantes del recurso de casación, se remite al principio de ^atrascendencia^o, 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: *“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”*^{1/4} (Gaceta Judicial XVI, No. 2, página 256, Merino vs Pilicita). *“Los errores sin trascendencia no son causal para casar el fallo, sino aquellas violaciones a la ley que tengan repercusiones al desviar a la justicia de su camino”*. (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 normas de derecho que se acusan de inaplicadas, la decisión y contenido del fallo no hubiese sido modificada en ningún punto; deviniendo en improcedente el recurso por este extremo.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Procurador Judicial del Prefecto de la provincia de Loja y del Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Loja; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2019 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, dentro del juicio No. 11804-2019-0008.- 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

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL



Juicio No. 11804-2018-00434

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

(PONENTE)

AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 12 de julio del 2021, las 14h58. **VISTOS:**

1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** El doctor Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021; **c)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021; **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 11804-2018-00434.**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, Provincia de Loja, expidió sentencia, dentro de la causa signada con el **11804-2018-00434**, el 28 de noviembre de 2018, 08h18, promovido por el ciudadano JUAN MINOS CUEVA BETANCOURT, en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja y del Procurador General del Estado, sentencia en la que se rechaza la demanda.

2.2.- RECURSO: El señor Juan Minos Cueva Betancourt propone recurso de casación en contra de la sentencia recurrida.

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 13 de marzo de 2020, admitió el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Minos Cueva Betancourt respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por indebida aplicación del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

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

el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN:

La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo sustancial la defensa del derecho objetivo y su correcta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia, es por ello que el recurso ataca las sentencias o autos definitivos que ponen fin al proceso judicial. La defensa del rigor de la norma jurídica, orientada a evitar y proscribir la arbitrariedad, por su inadecuado uso por parte de los órganos jurisdiccionales; esto es, la denominada NOMOFILAQUIA, es competencia de la Corte Nacional de Justicia que la ejerce por medio de sus Salas Especializadas; es por ello que, siendo un recurso extraordinario, su propósito no es la administración de justicia respecto de las posiciones procesales que tienen las partes que integran un juicio, ya que ello es una competencia privativa de los juzgados, cortes y tribunales de instancia. Su finalidad es el control jurisdiccional de los pronunciamientos de cortes provinciales y tribunales distritales, a fin de que pueda uniformar la jurisprudencia, brindando la seguridad jurídica que requiere la sociedad.

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

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

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

<<(¼) 6.3.- Como se aprecia, en concreto la controversia sometida a enjuiciamiento se centra primeramente en dilucidar si al hoy accionante le asistía o no el derecho a ser principalizado como Concejal del cantón Loja, al haberse verificado una vacante definitiva en el concejo cantonal, en virtud de la asunción de la Lcda. Piedad Pineda Ludeña, ex concejala y ex vicealcaldesa del cantón, al cargo de Alcaldesa, ello debido a la revocatoria de mandato al que se sometió al ex burgomaestre de la urbe; consecuentemente, para dilucidar ese punto neurálgico partiremos primeramente del texto de la disposición de la ^aLey Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia^o, invocada por el accionante como vulnerada, disposición que imperiosamente deberá ser confrontada con el entorno constitucional electoral y legal electoral que rige en el país; para cumplir con tal misión, el Tribunal reflexiona: 6.3.1.- Como se señaló en líneas preliminares, la disposición legal que el accionante arguye viene siendo vulnerada por la Alcaldesa del cantón y por el concejo cantonal a través de la ^adecisión^o adoptada en sesión extraordinaria del 18 de julio de 2018, es la

contenida en el artículo innumerado a continuación del Art. 167 del antes referido Código de la Democracia, el que, en su parte pertinente, dispone que ^a (¼) En caso de ausencia o imposibilidad de asistir de los respectivos alternos de los asambleístas, concejales y vocales de las Juntas Parroquiales, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación (¼) En el caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato o candidata más votada (¼)°; disposición que indica es clara y por ende no merece interpretación extensiva alguna, relevando que al ser él ^a (¼) el candidato principal, que sigue en la lista en el orden de votación (¼)°, le correspondía asumir la curul vacante de concejal principal, dejada por la Lcda. Piedad Pineda Ludeña, pues recalca, que es él quien cumple la condición de ser el candidato que sigue en la lista en el orden de votación al haber recibido el respaldo de 11034 votos válidos en comparación a los 8255 votos obtenidos por la co-demandada Luz América Andrade Flores y a quien se ha principalizado indebidamente, sobre la base de una interpretación extensiva de la disposición que alega vulnerada.-

6.3.2.- Ahora bien, como se aprecia del texto del artículo innumerado antes transcrito, el mismo regula dos eventos plenamente diferenciados, a saber: a) Ausencia o imposibilidad de asistir de los ^a respectivos alternos° de, entre otras dignidades, los concejales, en cuyo caso correspondía a la secretaría del concejo, convocar al ^a candidato principal que siga en el orden de votación° para que sea éste quien reemplace a ese ^a concejal alterno° ausente o imposibilitado de asistir a las sesiones del concejo cantonal; ausencia o imposibilidad del concejal alterno, que en el caso in examine además se ha tornado en permanente, dada la renuncia presentada a tal dignidad por el concejal alterno Ing. Jackson Guillermo Torres Castillo; conforme se dejó señalado en los hechos probados, la referida renuncia ha sido presentada en fecha 30 de mayo de 2014 (fs. 159), produciéndose en tal fecha esa ^a vacante permanente° en la concejalía alterna de la Lcda. Piedad Pineda Ludeña, concejal principal del cantón, ante lo cual la secretaria del concejo se ha dirigido mediante Oficio No. 034-SG-GADML-2014 de 03 de junio de 2014 (fs. 160), al Director del Consejo Nacional Electoral, Loja, requiriéndole confiera la ^a (¼) nómina de todos los candidatos a concejales urbanos y rurales, que participaron en las elecciones pasadas del 23 de febrero de 2014, con el respectivo porcentaje de votos que recibieron (¼)°, obteniendo respuesta mediante Oficio No. 0359-DG-CNE-DPL-2014 de 05 de junio de 2014 (fs. 161), al cual se adjunta la información ^a reporte del Resultado del Escrutinio° (fs. 162 a 165), por cada una de las dos circunscripciones electorales en las que se dividió al cantón Loja; verificándose luego que, ante la ausencia temporal de la concejal principal Lcda. Pineda Ludeña, en virtud de la licencia sin remuneración por ella requerida (fs. 176) y en consideración a la ausencia definitiva del concejal alterno de la Lcda. Piedad Pineda Ludeña por la renuncia presentada y antes referida, la secretaria General del concejo ha procedido, con sustento en lo dispuesto en el artículo innumerado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, a convocar mediante Oficio Nro. ML-SG-2015-076-OF de 29 de abril de 2015 (fs. 177) a la Lcda. Luz América Andrade Flores para que integre el cabildo en su calidad de concejala alterna de la Lcda. Piedad Pineda Ludeña, en la sesión del Concejo a desarrollarse el 30 de abril del 2015, verificándose finalmente que en la fecha convocada, en efecto se ha

desarrollado la sesión ordinaria del concejo cantonal, habiéndose tomado el juramento de ley a la Lcda. Andrade Flores (fs. 178 a 203), prometiendo ésta ^a(¼) desempeñar fiel y legalmente el cargo de concejala alterna del cantón Loja (¼)°, instante a partir del cual, la referida Lcda. Andrade Flores, se ha desempeñado en calidad de ^aconcejala alterna° de la Lcda. Pineda Ludeña, interviniendo en un sinnúmero de sesiones del Concejo (fs. 227 a 229); como se aprecia, ante la ausencia definitiva de un concejal alterno, la secretaria del Concejo cantonal de Loja, ha procedido a realizar el trámite ante el Consejo Nacional Electoral, requiriendo la información de los votos obtenidos por los candidatos a Concejales, para luego de contar con la información requerida, convocar a la candidata principal que sigue en el orden de votación de la circunscripción electoral en la cual se produjo la vacante, verificándose que en la sesión del Concejo Cantonal desarrollada el 30 de abril del 2015, se ha procedido a tomar juramento y con ello ^aprincipalizar° a la co-demandada en calidad de concejala alterna del cantón Loja, en reemplazo del concejal alterno Jackson Guillermo Torres Castillo quien, como se comentó ut supra, ha presentado su renuncia irrevocable a tal dignidad; b) El segundo evento que prevé la norma es el relacionado a la ausencia definitiva y ^ade haberse agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política°; caso en el que correspondía ejercer la representación vacante al siguiente candidato o candidata más votada; al respecto el actor sostiene que al asumir en ^a(¼) calidad de Alcaldesa la Lic. Fanny Piedad Pineda Ludeña dejando vacante su espacio como concejal principal, quedando, entonces, la necesidad de principalizar al concejal alterno; y por cuanto este alterno, Sr. Jackson Torres Castillo renunció, se produjo una ausencia definitiva de la persona a ocupar dicho cargo (¼)°, relievando luego que ^a(¼) dado el presente caso de ausencia definitiva quien debía suceder en el cargo de concejal principal conforme lo establecido en el Artículo innumerado a continuación del Artículo 167 de la LEY ORGÁNICA ELECTORAL (sic), CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA es aquel candidato principal que siga en la lista en el orden de votación, que como lo certifica la Delegación Provincial Electoral de Loja es el legitimado activo (¼)° (Mayúsculas y resaltado parte de la transcripción), ratificando finalmente que ^a(¼) el candidato principal, que sigue en la lista en el orden de votación, por lo tanto y al ser una sola lista de la fuerza política ARE, le corresponde al legitimado activo a quien tuvo que haberse contado como concejal y principalizarlo (¼)°; corresponde analizar entonces la pertinencia de tales alegaciones, veamos: b.1.- Primeramente y como necesaria precisión el Tribunal reliva que de la revisión del texto del inciso tercero de la disposición alegada por el accionante como vulnerada, no se aprecia lo expuesto por éste respecto de que al verificarse la ausencia definitiva en el seno del concejo cantonal, correspondía asumir la concejalía vacante al candidato principal que sigue en la lista en el orden de votación ^ade la misma fuerza política°, empero tal digresión, aun asumiendo la hipótesis del accionante que correspondía llamar al candidato ^ade la misma fuerza política° que no ha obtenido una curul en el concejo pero que sigue en la lista como el candidato más votado, el Tribunal, a fin de atender tal argumentación, obligatoriamente debe remitirse nuevamente al Oficio No. 0359-DG-CNE-DPL-2014 de 05 de junio de 2014 (fs. 161), al cual se adjunta la información ^areporte del Resultado del Escrutinio° (fs. 162 a 165), documentación en el cual se aprecia que el hoy accionante en efecto ha participado como candidato a concejal principal del cantón Loja por la circunscripción territorial 1 (fs. 162 a 163), constatándose que el

número total de electores de tal circunscripción fue de 93860 electores (fs. 162), que representa el 64% del total del electorado del cantón Loja y de los cuales el accionante obtuvo el respaldo de 11034 votantes (fs. 163), lo que, conforme la propia información consignada en la documentación en análisis, representa el 7,25% (fs. 163) de los votos válidos de la circunscripción territorial a la cual pertenece el demandante; constatándose asimismo que la co-demandada ha terciado de igual manera para la dignidad de concejal principal del cantón Loja pero por la circunscripción territorial 2 (fs. 164 a 165), circunscripción con un número total de electores de 52769 votantes (fs. 164), que representa el 36% del total del electorado del cantón, de los que ha obtenido el respaldo de 8255 electores (fs. 165), lo que constituye el 11,68% (fs. 165) de los votos válidos de tal circunscripción, conforme la información constante en el reporte en análisis; de lo expuesto el Tribunal aprecia inicialmente que entre una y otra circunscripción no ha existido un igual número de electores, de allí que resulta del todo errado el planteamiento del actor de ser el candidato más votado, considerando única y exclusivamente la cantidad de votos obtenidos en la circunscripción para la cual terció, ello debido precisamente a esa disparidad en la cantidad de electores de cada sector lo que, per se, tornaría inequitativa la comparación eminentemente numérica que realiza el actor, siendo lo correcto, a fin de determinar quién es el candidato a concejal más votado que no ha obtenido una curul en el concejo, analizar la cantidad de votos obtenidos por cada candidato pero comparándolo con la cantidad de votantes de cada una de las circunscripciones en las cuales se ha participado, solo allí, se obtendrá un valor porcentual alcanzado por cada candidato lo que permitirá determinar quién es o ha sido el candidato más votado; dicho ejercicio como se dejó anotado en líneas preliminares, también consta en la información remitida por la Delegación Provincial Electoral de Loja, constatándose que el actor en su circunscripción ha obtenido el respaldo, porcentualmente hablando, del 7,25% de los electores, en tanto que la co-demandada, Lcda. Andrade Flores, ha obtenido el respaldo del 11,68% de votantes de su zona, lo que indubitablemente, aun asumiendo la hipótesis del actor, convierte a la co-demandada en la candidata a concejal principal más votada que no ha obtenido una curul; b.2.- Por otro lado, de la lectura misma del tercer inciso del artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 del Código de la Democracia, se desprende claramente que existen dos requisitos que deben estar presentes, para que nazca en el candidato más votado el derecho a ejercer la representación, en el caso in examine, de concejal del cantón, a saber: b.2.1.- El primero de esos requisitos es que se haya presentado una ausencia definitiva, aspecto que eminentemente se ha cumplido en el presente caso, pues como se analizó ut supra, primeramente se verificó la ausencia definitiva del concejal alterno Ing. Jackson Guillermo Torres Castillo, dada su renuncia irrevocable a la dignidad que ostentaba, situación que fue solventada con la designación, en fecha 30 de abril de 2015, de la co-demandada como concejal alterna de la Lcda. Piedad Pineda Ludeña; posteriormente, se suscitó asimismo la ausencia definitiva de la concejalía principal que ostentaba la concejala Pineda Ludeña, lo que se comprobó por cuanto dicha concejala, en calidad de Vicealcaldesa, debió asumir las funciones de Alcaldesa del cantón de Loja en vista de la revocatoria de mandato efectuada al ex Alcalde de la urbe, surgiendo consecuentemente la necesidad de designar a quien la reemplace en esa dignidad de concejala principal que ostentaba, instante en el cual necesariamente se debió considerar el segundo requisito que prevé el tercer inciso del artículo

innumerado en comentario y que pasamos a analizar seguidamente; b.2.2.- El otro requisito al que nos referimos y que imperativamente debe estar presente para que se origine en el candidato más votado el derecho a ejercer la representación es, según la letra de la norma, que ^a (¼) se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política (¼)º, requisito que no se ha presentado en el caso en análisis, pues conforme se señaló en el literal b.1 del presente fallo, ante la ausencia definitiva del concejal alternativo Torres Castillo, la misma fue oportunamente suplida con la designación de la Lcda. Andrade Flores en calidad de concejala alterna de la Lcda. Pineda Ludeña, designación que como se anotó se efectuó en fecha 30 de abril de 2015 y la que no ha sido objetada por el accionante en la presente causa consecuentemente, el segundo requisito que prevé la disposición en análisis, insistimos, no se ha configurado, pues en el caso sub júdice no se han agotado los posibles alternos, verificándose más bien que la concejalía principal de la Lcda. Pineda Ludeña contó con su respectivo alterno a quien correspondía reemplazarla en caso de ausencia temporal o definitiva como en efecto ha ocurrido en el presente caso (¼) con fundamento en los artículos 99 y 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se concluye que, en el caso de que el Concejal designado como Vicealcalde se encuentre ejerciendo las funciones de Alcalde, de conformidad con las normas analizadas al atender la primera parte de la tercera consulta, es procedente que el concejal suplente del Vicealcalde que está actuando como Alcalde sea principalizado para actuar como concejal, con el consiguiente derecho a percibir la remuneración mensual unificada correspondiente por el período de su desempeño como Principal (¼)º (Oficio No. 04052 R.O. 665 de 20/03/2012); de manera concordante con estos pronunciamiento, el Tribunal Contencioso Electoral, en la causa No. 104-2017-TCE, absolviendo la consulta del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Sevilla de Oro, respecto del expediente administrativo de remoción seguido en contra del Alcalde del mentado cantón, sustentándose igualmente en los artículo 99, innumerado a continuación del Art. 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador y en la Ordenanza de Organización y Funcionamiento del Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Sevilla de Oro, ha señalado que ^a (¼) De la normativa transcrita se desprende que los Gobiernos Autónomos Descentralizados PODRÁN LLAMAR A ACTUAR A LOS SUPLENTES O ALTERNOS DE DIGNIDADES PLURIPERSONALES PRINCIPALES y que integran los órganos legislativos, EXCLUSIVAMENTE EN LOS CASOS DE AUSENCIA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA AUTORIDAD QUE EJERZA EL CARGO COMO PRINCIPAL. En virtud de ello, de acuerdo a lo que dispone la ley y a su propia normativa interna, la autoridad competente puede disponer convocar a un suplente o alterno para que integre el órgano legislativo (¼)º, criterios expuestos tanto por el señor Procurador General del Estado como por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, con los cuales coincide íntegramente este Tribunal. Consecuentemente, en el presente caso, al verificarse una ausencia definitiva pero al NO HABERSE AGOTADO LOS POSIBLES ALTERNOS de la misma fuerza política, indefectiblemente correspondía a la concejala alterna, Lcda. Luz América Andrade Flores, asumir la concejalía principal dejada vacante por la otrora Vicealcaldesa del cantón, como en efecto se ha actuado, verificándose más bien, nuevamente, la ausencia definitiva en la concejalía alterna dejada por la Lcda.

Andrade Flores y la cual debió ser de igual forma cubierta.- 6.3.3.- Por otro lado y de lo hasta aquí expuesto, el Tribunal arriba a la inobjetable conclusión que el acto administrativo que definió la situación jurídica de la co-demandada Lcda. Luz América Andrade Flores, no son las actuaciones ahora impugnadas, pues como se anotó, ante la ausencia definitiva del concejal alterno Ing. Jackson Guillermo Torres Castillo, hecho verificado el 30 de mayo de 2014 y con la finalidad de suplir la ausencia temporal de la concejala principal, Lcda. Piedad Pineda Ludeña, en la sesión convocada para el día 30 de abril de 2015, la secretaria del Concejo cantonal de Loja, cumplió con el trámite previsto en el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador y en la Ordenanza de Organización, Código de la Democracia, y en ese momento llamó a quien consideró reunía la calidad de candidato o candidata principal más votado, convocando en ese momento a la Lcda. Andrade Flores quien en el desarrollo de la sesión de concejo efectuada el 30 de abril de 2015 fue además principalizada como concejala alterna de la concejala principal Lcda. Pineda Ludeña, definiéndose en ese entonces su situación jurídica, considerándola primeramente como la candidata más votada y otorgándole como consecuencia de esa calidad de candidata más votada, la calidad de concejala alterna del cantón Loja, actuación o decisión del Concejo cantonal que como se dijo no ha sido objetada por el ahora accionante, yerro u omisión del accionante que manifiestamente torna en improcedente la pretensión de declarar nula la actuación del concejo cantonal efectuada en sesión del 18 de julio de 2018, no solo por cuanto en ella no se ha adoptado decisión alguna que defina la situación jurídica de la co-demandada, conforme se corrobora del acta de la referida sesión que obra del proceso (fs. 49 a 65 y 207 a 223), sino principalmente por cuanto en el supuesto que resulte procedente declarar la nulidad de esa actuación, ello no afectaría a esa decisión adoptada el 30 de abril de 2015, la cual se mantendría indemne, manteniéndose consecuentemente la Lcda. Andrade Flores como concejala suplente o alterna de la concejala principal Lcda. Pineda Ludeña, correspondiendo en consecuencia a la primera de las nombradas asumir la curul de la segunda en el concejo cantonal de Loja, ante la ausencia de la principal, sea temporal o definitiva como en efecto se ha verificado en el caso sometido a enjuiciamiento.- 6.3.4.- El Tribunal no puede dejar de referirse a lo expuesto de manera reiterada por el accionante tanto en su escrito de aclaración a la demanda como en las audiencias desarrolladas dentro de la presente causa respecto de que el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 del Código de la Democracia, no establece ni menciona^a (¼) circunscripciones para alternancia frente a la falta temporal o definitiva para las dignidades de concejales y vocales de las juntas parroquiales (¼)° (¼) resulta igualmente errado de parte del accionante el dar una lectura aislada y sesgada del artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 de la Ley Orgánica ibídem, pues la norma necesariamente debe ser leída y entendida en su conjunto, en su integralidad, pues solo bajo tal entendimiento, se comprenderá que en cada circunscripción territorial, previamente delimitada, necesariamente se elegirán el número máximo de concejales asimismo, previamente establecidos por el Consejo Nacional Electoral, aspecto que hoy pretende ser desatendido al exigirse que un concejal que terció por una circunscripción sea posesionado como concejal de otra circunscripción a la cual no pertenece y no recibió el respaldo popular; tal análisis se robustece si consideramos lo dispuesto en el

Art. 9 de la Ley Orgánica varias veces referida, disposición que impone que ^a (¼) En caso de duda en la aplicación de esta ley, se interpretará en el SENTIDO QUE MÁS FAVOREZCA AL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, a RESPETAR LA VOLUNTAD POPULAR y a la validez de las votaciones (¼)° (El énfasis es del Tribunal), voluntad popular que en último momento no le ha sido conferida al accionante en la circunscripción territorial urbana 2. No debemos dejar de lado el hecho que el motivo o fundamento para el establecimiento de circunscripciones territoriales fue el lograr una verdadera representatividad y mayor acercamiento entre los candidatos que pertenecen a tal o cual circunscripción electoral y sus electores, por ello incluso constituye un requisito sine qua non para inscribir las candidaturas para concejales o concejales municipales el ^a (¼) haber nacido o vivido en la respectiva jurisdicción por lo menos durante dos años de forma ininterrumpida (¼)° (Art. 95.2 LOEOP), requisito que igualmente se vería trastocado de aceptarse la argumentación expuesta por el accionante.-

6.3.5.- Finalmente, el actor a través de su acción igualmente impugna el Oficio No. 791 de 26 de julio de 2018 a través del cual la Alcaldesa del cantón se dirige al ahora accionante, y en respuesta a su pedido de ser llamado a actuar en calidad de concejal del cantón Loja, le indica, bajo los fundamentos de hecho y derecho señalados en el referido oficio, que su pedido resulta improcedente dado que el mismo es extemporáneo al haberse verificado la principalización de la Lcda. Andrade Flores como concejal alterna del cantón Loja en fecha 30 de abril de 2015 y por cuanto el proceder del GAD Municipal se encuentra apegado a lo dispuesto en el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 del Código de la Democracia, constatándose que dicho pronunciamiento se encuentra debidamente motivado pues en ella se exponen de manera clara y comprensible las razones o motivos que han llevado a la Alcaldesa del cantón a pronunciarse en el sentido que lo ha hecho, expresándose además los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan tal pronunciamiento con lo cual se verifica que se cumplen los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, necesarios para determinar la existencia de una resolución debidamente motivada. Dentro de esta verdad procesal y en consideración al análisis efectuado, el Tribunal arriba a la inobjetable conclusión que la actuaciones administrativas impugnadas por el accionante no adolecen de los vicios de los que se le acusa y consecuentemente éstas han sido libradas observando las garantías constitucionales de motivación, seguridad jurídica, debido proceso y legalidad.-

(¼)>>.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO, ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN:

El recurso interpuesto por el señor Juan Mínos Cueva Betancourt, se acoge a la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7.1 Respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: Afirma el recurrente en su escrito de interposición que:

^a TRES.- CAUSAL: La determinación de la causal en que se funda este recurso, prevista en el Art.268 COGEP es:

Numeral 5.- Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, de normas de derecho sustantivo, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva del auto°

^a 4.1.2 Para ello, en el considerando SEXTO, numeral 6.3.4; el Tribunal realiza la siguiente interpretación de la norma: (¼) Y antes, el mismo tribunal **interpretando erróneamente** la norma antes señalada, expresa: (¼).

4.1.3 De esta forma los señores jueces del tribunal a quo han procedido a realizar una **interpretación extensiva** de la norma asunto expresamente prohibido por nuestra constitución (...). 4.1.6 Por lo tanto se aplicó en forma indebida esta norma, en la que el tribunal acepta que (¼) 4.3 Incidencia o trascendencia del vicio en la decisión tomada por el Juzgador: Bajo nuestra tesis jurídica, **habiendo sido aplicado en forma indebida el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 de la Ley Orgánica Electoral**, Código de la Democracia, se ha provocado un daño al derecho a la seguridad jurídica (¼).

Igualmente, en el escrito por el cual el casacionista aclara el recurso presentado, al respecto, en la letra B de ese manifiesto señala:

^a En primer lugar, es fundamental ACLARAR que la **norma aplicada indebidamente** por el Tribunal a quo corresponde al artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (¼), esta forma sí correspondía ser aplicada; pero el tribunal *a quo* lo hizo en forma indebida. (¼) es preciso aclarar que actualmente esta norma corresponde en su numeración al Art. 167.1 y ha sido sustituida por el Artículo 77 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020, Sin embargo, este caso será analizado con la norma vigente a la época de los hechos. (...) los (¼) Jueces del tribunal *a quo* han establecido que, la aplicación del Art. Innumerado agregado a continuación del Art. 167 ibidem, inciso 3 (¼) es con base en que ^a entre una y otra circunscripción no ha existido un igual número de electores^o (¼) no queda la menor duda, que el texto de la norma, fue aplicado en forma indebida; porque el hecho que exista ^a CANDIDATO/A MAS VOTADO/A^o, por LISTA, no genera posibilidad alguna para que el Tribunal establezca diferencia de electores por <circunscripción> asunto que si está permitido para el caso de asambleístas (¼) Con esta aplicación el Tribunal valida que, por el hecho de existir dos ^a circunscripciones^o, dentro del cantón Loja (1 y 2), mi demanda es improcedente; porque (¼) la candidata ^a principalizada^o, que formó parte de la circunscripción territorial 2 es ^a la más votada^o. (¼) Y, el inciso 2 de esta norma, claramente advierte que, únicamente para el caso de ^a asambleísta^o se tomará en cuenta su CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL, y **NO** para el resto de cargos, como por ejemplo el de **CONCEJALES** (¼) Por lo tanto, se aplicó en forma indebida esta norma, en la que el tribunal acepta que, en mi caso en particular, se debió tomar en cuenta a la candidata de la ^a circunscripción electoral^o en donde se produjo la vacante definitiva. Pues, la norma, no establece su aplicación en caso de ausencia de la dignidad de concejal por ^a orden por circunscripción electoral^o (¼) esta eventualidad está reservada únicamente para el caso de ausencia de asambleístas. (¼) en el presente asunto, la norma debe ser aplicada en el sentido literal de sus palabras, sin que se admita una indebida aplicación de su texto, con base en argumentos que no solo desdibujan su texto, sino alteran la seguridad jurídica. De tal suerte que, la aplicación que el tribunal debió dar a esta norma era que efectivamente: En caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato o candidata más votada; que, en el presente caso, ese candidato más votado es el

compareciente, ratificando que esta norma NO ha previsto el caso de ^a candidato más votado por circunscripción territorial^o, excepto para el caso ASAMBLEÍSTAS (¼) se ha provocado un daño al derecho a la seguridad jurídica, en primer lugar; y, segundo, se ha afectado el derecho de participación y representación que le asistía al compareciente como candidato más votado en la LISTA ARE, en la ciudad de Loja. (¼) al tratarse de un asunto de derecho público, en materia electoral, el uso de términos ^a lista^o ^a candidato^o ^a circunscripción electoral^o no están sujetos a discreción del juzgador; sino que su aplicación para cualquier caso se verifica en forma reglada; pues, para este caso, en donde ha existido una ^a ausencia^o de un concejal, donde no existen más alternos; le corresponde asumir al CANDIDATO MAS VOTADO de la misma fuerza política (¼) No habiéndose establecido jamás, en esta situación fáctica, la aplicación indebida de la norma, extendiéndola a ^a fuerza política^o como ^a circunscripción electoral^o (¼)>>.

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

La causal escogida, contiene en realidad tres modos probables de infracción, a saber: falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de las normas sustantivas o materiales que a juicio del casacionista habrían sido infringidas en la sentencia que reprocha. Cada uno de estos modos de infracción son autónomos, tienen una naturaleza jurídica y lógica diferentes que los identifican, sin que puedan ser confundidos para acusar a la norma potencialmente vulnerada de incurrir en más de uno de aquellos.

Efectivamente, la falta de aplicación de una norma implica la ausencia, la omisión en la que incurre el juzgador al haber dejado usar la norma jurídica que pertinentemente corresponde a los hechos evidenciados en el proceso y que es la llamada a dar solución a la controversia puesta a resolución del juzgador; a diferencia de la indebida aplicación, vicio que se presenta cuando el juzgador yerra al utilizar una norma jurídica, a la que estima pertinente de aplicación a los hechos, cuando en realidad esa disposición no es la llamada a solucionar al problema jurídico que corresponde al juicio; es decir, en la sentencia se aplica a los hechos la norma que no corresponde; y, en cambio, la errónea interpretación refleja la adecuada utilización de la norma a los antecedentes fácticos; es decir, el juzgador escoge adecuadamente la norma que va a dar solución a la controversia; no obstante, le da a ella un alcance distinto al que ha dado el legislador o al método de interpretación que el juzgador generó para resolver el caso.

7.3 El casacionista, tanto en el escrito que contiene su recurso de casación, como en el que formuló su aclaración, por disposición de la Conjuenza Nacional que tramitó la admisión a trámite del recurso; y luego, en la audiencia de sustentación de este recurso, al referirse a la infracción del artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, de manera expresa ha denunciado que la sentencia interpelada ha incurrido en dos infracciones: la indebida aplicación y la errónea interpretación de la norma cuya infracción avisa; lo cual

determina la existencia de dos yerros que son abiertamente incompatibles y contradictorios, ya que la indebida aplicación significa que se ha hecho aplicación de la norma que no corresponde al caso; en cambio, la errónea interpretación significa que la norma aplicada para solucionar el conflicto judicial es la que corresponde al caso, pero a la que se ha dado un alcance distinto al que corresponde; situación que de suyo destruye por la base la procedencia del recurso de casación; el cual debe necesariamente ser desestimado; sin que el juzgador pueda ya pronunciarse sobre la existencia de vicios afectadores de la legalidad del fallo recurrido.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Minos Cueva Betancourt; en consecuencia, **NO CASA**, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, el 28 de noviembre de 2018, las 08h18.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL



Juicio No. 11803-2013-0429

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

AUTOR/A: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, martes 13 de julio del
2021, las 10h07. VISTOS.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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

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

iii. Patricio Adolfo Secaira Durango, fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 113-P-CNJ-2021, de 18 de febrero del 2021, efectuado por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

iv. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y 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.

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 15 de marzo de 2021 a las 02:40, constante a fojas 13 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido (Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Patricio Adolfo Secaira Durango; e Iván Rodrigo Larco Ortuño; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I. ANTECEDENTES

1.1. **En sentencia de fecha 28 de junio de 2017, emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio No. 11803-2013-0429 seguido por el señor Hernán Melecio Cueva Alfaro en contra del Director Regional 4 Loja de la Contraloría General del Estado, se resolvió:**

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA acepta la excepción del “inexistencia de la obligación” planteada por Hernán Melecio Cueva Alfaro y declara la nulidad del título de crédito No. 484-DR4-A emitido el 25 de julio de 2012; así como del auto de pago dictado el 22 de noviembre de 2012, a las 08h50 y consecuentemente el procedimiento coactivo signado con No. 484-DR4-A, incoado por la Dirección Regional 4 de la Contraloría General del Estado en contra del excepcionante.- Sin costas que regular de conformidad a lo dispuesto en el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil”

1.2. Con fecha 22 de agosto de 2017, el doctor Pedro Valdivieso, Director Regional 4-Loja de la Contraloría General del Estado y delegado del señor Contralor General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la sentencia antes mencionada, que fue concedido el 25 de agosto de 2017.

1.3. El doctor Iván Larco Ortuño, en calidad de Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en **auto de admisibilidad de 11 de**

noviembre de 2019, a las 08h36, resolvió admitir a trámite el recurso de casación, exclusivamente, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4. En lo principal, la entidad casacionista, bajo la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, indica que en la sentencia recurrida existe errónea interpretación del artículo 5 del Reglamento para el Ejercicio de la Acción Coactiva por parte de la Contraloría General del Estado.

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

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

2.2. El presente recurso de casación está orientado a decidir si en la sentencia de fecha 28 de junio de 2017, emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio No. 11803-2013-0429 seguido por el señor Hernán Melecio Cueva Alfaro en contra del Director Regional 4 Loja de la Contraloría General del Estado existe errónea interpretación del artículo 5 del Reglamento para el Ejercicio de la Acción Coactiva por parte de la Contraloría General del Estado.

III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA POR ERRÓNEA INTEPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO

3.1. Con respecto a la causal referida en el memorial casacional, esta Sala Especializada señala que estamos ante un yerro por el cual el órgano judicial que profiere la sentencia recurrida ha hecho la determinación adecuada de los hechos, sobre los cuales, al igual que los otros modos de infracción que trae la causal, no existe cuestionamiento por parte de los contendientes y, particularmente del casacionista, no obstante, hace una selección también adecuada de la norma jurídica llamada a dar solución a dicha controversia; es decir la subsunción formal es debida, sin embargo, hace una

interpretación de la norma jurídica, que no corresponde a la esencia de la norma, dándole un alcance que no tiene o apartándose de la interpretación que el legislador ha dado sobre la respectiva disposición jurídica. En otras palabras, la errónea interpretación equivale a un error del verdadero sentido de la norma.

3.2. Al respecto, Luis Armando Tolosa Villabona señala que: *“Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo”* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia)

3.3. Para fundamentar el recurso de revisión por este vicio, la entidad recurrente transcribe el texto de la norma que considera infringida, que, a la letra, señala lo siguiente: **“Art. 5.- Obligaciones determinadas y actualmente exigibles.- La obligación es determinada cuando se ha identificado al deudor y se ha señalado con exactitud el monto adeudado, por lo menos quince días antes de la fecha de emisión de la correspondiente orden de cobro.**

La obligación es actualmente exigible desde el día siguiente a la fecha en que suceda:

1. *La notificación a la o al deudor con el acto administrativo o el título en el cual se encuentra contenida la obligación;*
2. *El vencimiento del plazo, cuando la obligación esté sujeta al mismo, sin perjuicio de la notificación;*
3. *El cumplimiento o la falla de la condición, si se trata de una obligación sometida la condición suspensiva.”*

3.4. Por otra parte, la entidad casacionista para fundamentar el yerro que acusa de la sentencia realiza el siguiente planteamiento: *“¼ existe errónea interpretación de la norma por parte del Tribunal, ya que del análisis realizado en la sentencia, se desprende que consta la sentencia de 02 de mayo de 2002, en la cual se dispone: “ se ordena la devolución de los dineros de los ex servidores públicos beneficiarios del recurso de amparo constitucional número 10230¼ “¼) la sentencia no ha dejado de tener sus efectos, y uno de ellos, sin lugar a dudas, constituye la devolución de los valores que cobraron los ex servidores públicos; los juzgadores se contradicen en su apreciación **de que no existe***

orden de cobro, cuando la sentencia en forma expresa así lo dispone, lo cual se encuentra en concordancia con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento para el Ejercicio de la Acción Coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, al indicar que la misma constituye entre otros, la disposición constante para el ejercicio coactivo (1/4) del análisis realizado a la sentencia se desprende que constan los oficios 614 y 615-CSJL-P de 03 de octubre de 2006, los cuales constituyen orden de cobro emitida por el Presidente Ocasional de la Corte Superior de Loja, en la cual se ordena a la Contraloría General del Estado, el cumplimiento de la sentencia ya anteriormente referida°

3.5. Por otra parte, la sentencia recurrida sobre este extremo señala que: *“La orden de cobro constituye la disposición o el pedido impartido por un funcionario competente, constante en la pertinente resolución, providencia, auto, sentencia, oficio o memorando, de que se proceda a la emisión de un título de crédito, con el objeto de recaudar determinada obligación, como así lo dispone el artículo 5 de la mencionada norma reglamentaria. Esta orden de cobro, para el caso de obligaciones establecidas a favor de las instituciones del Estado sujetas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que no sean del Gobierno Central y que no tengan capacidad legal para el ejercicio de la acción coactiva; debe librarla la máxima autoridad de la respectiva institución, quien además debe solicitar mediante oficio al Contralor General, que disponga la recaudación de tales obligaciones, para lo cual se debe adjuntar copias certificadas de la resolución o acto administrativo en los que conste la determinación de la obligación y la orden de cobro (artículo 6 ibídem). Del texto de los oficios que han sido reproducidos como prueba, concretamente los singularizados en el numeral 6.7. y 6.10 de esta sentencia: Nos. 614-CSJL.P y 615-CSJL.P de 03 de octubre de 2006, dirigidos por el Dr. Arturo Piedra Armijos, Presidente ocasional de la Corte Superior de Justicia de Loja al Contralor General del Estado y Director Regional IV de Contraloría en Loja; y, oficio No. 112-CPJL-P del 11 de mayo de 2012, dirigido por el Dr. Norman Jaramillo, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, al Contralor General del Estado ; se establece que ninguno dispone la recaudación de lo ordenado en sentencia ni se emite orden de cobro alguna como así lo preceptúa el artículo 6 del Reglamento en mención. Tampoco se ha solicitado la emisión de un título de crédito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 ibídem. No obstante, según se verifica del memorando No. 505 DPRC-DRC del 13 de junio de 2012, suscrito por el Dr. Diego Abad León, Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado, a partir del cual el Director Regional 4 del Órgano de Control inicia la ejecución coactiva, se asumió que el oficio No. 112-CPJL-P del 11 de mayo de 2012, constituye orden de*

cobro; situación ajena al propósito de dicho comunicado. En mérito a lo expresado por el propio Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en providencia de 04 de mayo de 2012, a las 09h15 el envío del referido oficio obedece a una disposición mediante la cual manda: "Oficiése al Dr. Carlos Pólit Faggioni, en su calidad de representante legal de la Contraloría General del Estado, haciéndole conocer de este particular; ya que si bien el remite esta petición, quizá no esté al tanto de sus antecedentes, a la comunicación se le adjuntará copia debidamente certificada de las constancias a las que me he referido en esta providencia". Esto, haciendo relación a que las sentencias de primera y segunda instancia así como de casación del proceso 02-2001, fueron NOTIFICADAS mediante Oficios números 614-CSJL.O y 615-CSJL.P de 03 de octubre de 2006. **Por lo anotado, este Tribunal considera que el oficio No. 112-CPJL-P del 11 de mayo de 2012, no constituye orden de cobro; por tanto el procedimiento coactivo materia de análisis, carecería de la solemnidad sustancial establecida en el literal c) del artículo 17 del Reglamento de la materia (aparejar la coactiva con el título de crédito y la orden de cobro), en concordancia a lo preceptuado en el artículo 14 ibídem que ordena: "LA ACCIÓN COACTIVA SE EJERCERÁ APAREJANDO EL RESPECTIVO TÍTULO DE CRÉDITO Y LA ORDEN DE COBRO".** 7.4. El auto de pago se ampara además en la <<sentencia dictada el 2 de mayo de 2002, a las 14h00; expedida por la Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, dentro de la causa penal No. 02-2001, confirmada por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de julio de 2006 a las 12h00 en virtud de la cual: "Se ordena la devolución de los dineros que los ex servidores públicos beneficiarios del Recurso de Amparo Constitucional número 10230 tramitado en el Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de Loja ya cobraron"^{1/4}Las gestiones las realizará la Contraloría General del Estado"^{1/4} >>. Para entrar en análisis se hace necesario citar la parte pertinente de la sentencia de primera instancia dictada por el Dr. Rodrigo Castro Ordóñez, entonces Presidente de la Corte Superior (actual Provincial) de Justicia de Loja que en lo pertinente dice "Se deja expresamente salvo el derecho que le asiste a la Contraloría General del Estado, al Estado Ecuatoriano, para formular las reclamaciones y derechos que considere pertinentes conforme a la ley, en relación al pago a los ex servidores públicos por la cantidad de tres millones doscientos sesenta y un mil setecientos ochenta y tres dólares con cincuenta y cuatro centavos de dólar". En segunda Instancia, esta sentencia fue modificada y en la parte puntual dispone: "se ordena la devolución de los dineros que los ex servidores públicos beneficiarios del Recurso de Amparo Constitucional número 10230 tramitado en el Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de Loja ya cobraron en la cantidad de tres millones doscientos sesenta y un mil setecientos ochenta y tres dólares americanos, con cincuenta y cuatro centavos (\$ 3,261,783.54). Las gestiones las realizará la Contraloría General del Estado".

Es por ello que a criterio de este Tribunal, las comunicaciones cursadas tanto al Contralor General del Estado y al Director Regional 4 de la misma institución (Oficios Nos. 614-CSJL.P y 615-CSJL.P de 03 de octubre de 2006, dirigidos por el Dr. Arturo Piedra Armijos, Presidente ocasional de la Corte Superior de Justicia de Loja, al Contralor General del Estado y Director Regional IV de Contraloría en Loja; y, oficio No. 112-CPJL-P, del 11 de mayo de 2012, dirigido por el Dr. Norman Jaramillo, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, al Contralor General del Estado), no contienen orden expresa de que se proceda a la recaudación ni constituye orden de cobro, sino que pone en conocimiento de las autoridades de control lo dispuesto en la sentencia dictada el 2 de mayo de 2002, a las 14h00, expedida por la Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, dentro de la causa penal No. 02-2001. Lo que le correspondía a la entidad de control es actuar conforme a sus atribuciones, es decir proceder mediante un examen especial a DETERMINAR, de ser el caso, la responsabilidad civil del ex servidor que cobró valores como consecuencia del Recurso de Amparo Constitucional número 10230, tramitado en el Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de Loja.

3.6. En este contexto, la entidad casacionista entiende que la orden de cobro está dada por la **sentencia dictada el 2 de mayo de 2002, a las 14h00**, expedida por la Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, dentro de la causa penal No. 02-2001 y los **Oficios Nos. 614-CSJL.P y 615-CSJL.P de 03 de octubre de 2006, dirigidos por el Dr. Arturo Piedra Armijos, Presidente ocasional de la Corte Superior de Justicia de Loja, al Contralor General del Estado y Director Regional IV de Contraloría en Loja; y, oficio No. 112-CPJL-P, del 11 de mayo de 2012, dirigido por el Dr. Norman Jaramillo, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, al Contralor General del Estado)** por cuanto se ha identificado al deudor y se ha señalado con exactitud el monto adeudado. En el cuaderno procesal, constan los oficios Nos **614-CSJL.P y 615-CSJL.P de 03 de octubre de 2006**, y, en su parte pertinente, señalan: ^a Se ordena la devolución de los dineros que los ex ± servidores públicos beneficiarios del recurso de amparo constitucional No. 10230, tramitado en el Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de Loja, ya cobraron en la cantidad de tres millones doscientos sesenta y un mil setecientos ochenta y tres dólares americanos con cincuenta y cuatro centavos (\$ 3,261,793.54) Las gestiones las realizará la Contraloría General del Estado.^o

3.7. Con respecto a la Acción Amparo No. 10230, en la que fue parte el señor Hernán Melecio Cueva Alfaro, se observa que el juez de la causa resolvió lo siguiente: *“ aceptar y conceder en todas sus partes la Acción de Amparo Constitucional solicitada por el Profesor Jorge Bustamante y Dr Jorge*

Maldonado Loaiza, en sus calidades de Agentes oficiosos de los exfuncionarios y extrabajadores públicos de Loja estableciendo responsabilidad económicas en contra del señor Ministro de Economía y Finanzas, disponiendo de inmediato esta cartera de Estado, proceda a la cancelar a todos los accionantes y representados las reliquidaciones económicas de conformidad con el Art. 54 de la Ley No. 99-24 para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 del 30 de abril de 1999, que modifica la Ley Reformatoria a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa de 16 de junio de 1998, en concordancia con la resolución No. 017 del Consejo Nacional de Remuneraciones del 27 de julio de 2000, debiendo descontar lo que hubieren recibido cada uno de los exfuncionarios públicos y extrabajadores por su separación^{1/4}°

Como consecuencia de dicha decisión, el señor Hernán Melecio Cueva Alfaro recibió una liquidación que asciende a la suma de 8.640 dólares de los Estados Unidos de América, conforme consta en la foja 2230.

3.8. Frente a esta situación, cabe indicar que en la causa penal No. 02-2001 (peculado) se dispuso cursar una comunicación al Contralor General del Estado y al Director Regional 4 de Contraloría en Loja y que, en efecto se lo hizo, con el oficio No. 614-CSJL.P de 3 de octubre de 2006, y con el oficio No. 615-CSJL.P de la misma fecha, respectivamente. Ambos oficios tienen el siguiente texto: *“se ordena la devolución de los dineros que los ex servidores públicos beneficiarios del Recurso de Amparo Constitucional número 10230 tramitado en el Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de Loja ya cobraron en la cantidad de tres millones doscientos sesenta y un mil setecientos ochenta y tres dólares americanos, con cincuenta y cuatro centavos (\$ 3,261,783.54). Las gestiones las realizará la Contraloría General del Estado”*.

3.9. En el caso *in examine*, la entidad casacionista entiende que la obligación está determinada en la sentencia de la causa penal y en los oficios No. 614-CSJL.P de 3 de octubre de 2006, y en el oficio No. 615-CSJL.P de la misma fecha, toda vez que ^a se ha identificado al deudor y se ha señalado con exactitud el monto adeudado^o. Sin embargo, es preciso señalar que tanto en la sentencia de la causa penal como en los oficios de marras no existe una determinación individual y singularizada del deudor, sino, todo lo contrario, hace referencia a una generalidad: ex servidores públicos beneficiarios del Recurso de Amparo Constitucional número 10230. Y, por otra parte, si bien es cierto refiere un monto específico, esto es, tres millones doscientos sesenta y un mil setecientos ochenta y tres dólares americanos, con cincuenta y cuatro centavos (\$ 3,261,783.54), no es la cantidad que habría tenido que asumir el señor Hernán Melecio Cueva Alfaro, puesto que dicho ex funcionario de la Dirección

Provincial de Educación recibió una liquidación que asciende a la suma de 8.640 dólares de los Estados Unidos de América, conforme consta en la foja 2230.

3.10. En este sentido, esta Sala estima que el argumento esgrimido por el Tribunal de instancia cuando menciona que: ^aUno de los presupuestos de la acción coactiva, es la necesidad de la existencia de un acto declarativo previo. Asimismo, para proceder al cobro de acreencias por vía de la ejecución coactiva, se hace necesario la existencia de un acto administrativo válido que determine el concepto y monto de lo debido como también que se haya notificado al administrado para darle la posibilidad de proceder al pago voluntario de lo adeudado o, en caso de disconformidad, para permitirle la impugnación de la legalidad de dicho acto administrativo; de otra forma, se estaría privando gravemente al administrado la posibilidad de interponer los recursos que le franquea la Ley para impugnar la existencia o el contenido de la deuda que la administración le imputa.

3.11. En este orden de ideas, esta Sala Especializada arriba a la conclusión de que el Tribunal de instancia no ha incurrido en errónea interpretación del artículo 5 del Reglamento para el Ejercicio de la Acción Coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, toda vez que la obligación no está determinada ni consta una orden de cobro de carácter administrativa emitida por autoridad competente en contra de Hernán Melecio Cueva Alfaro, y, en consecuencia, el recurso se rechaza por este extremo.

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** no casa la sentencia dictada el 28 de junio de 2017, emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio No. 11803-2013-0429, y desecha el recurso.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la Acción de Personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.-**

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)



Juicio No. 17741-2016-1162

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 13 de julio del 2021, las 11h56. **VISTOS:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa N°. **17741-2016-1162:**

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

1.2. Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por particulares contra instituciones del Estado, de conformidad con el artículo 185.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 184.1 de la Constitución.

1.3. En este caso, el sorteo de 15 de marzo de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango.

II. Antecedentes

2.1. El 24 de febrero de 2011, ARLACO Cía. Ltda. inició una acción contencioso administrativa contra el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador por la deficiente prestación del servicio público de aduanas. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, reclamó una indemnización de USD 5 000 000 en daños materiales y morales.

2.2. El 5 de agosto de 2016, las 10h25, la Sala Única del Tribunal Distrital N°. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca (³TDCA°) declaró sin lugar la demanda de ARLACO Cía. Ltda. Fundamentó su decisión en que la compañía actora no demostró que *“judicialmente se le haya atribuido responsabilidad de la (sic) SENAE, o al Estado Ecuatoriano, por una deficiente prestación de servicios”*.

2.3. A criterio del TDCA, el artículo 20 de la Constitución de 1998 exigía al afectado de una mala prestación de servicio público que, antes de reclamar una indemnización al Estado, determine judicialmente la responsabilidad de la entidad que prestó el servicio en cuestión.

2.4. El 13 de septiembre de 2016, ARLACO Cía. Ltda. interpuso el presente recurso de casación contra la sentencia del 5 de agosto de 2016, invocando la causal número 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.5. Este fue admitido por el conjuer nacional Iván Saquicela Rodas con auto del 3 de abril de 2017, las 10h00, conforme lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Casación. En la misma providencia, dispuso que se corra traslado a las partes por el término de cinco días, de conformidad con el artículo 13 *ibídem*.

2.6. Atendiendo el traslado, la Procuraduría General del Estado presentó un escrito el 10 de

abril de 2017 para oponerse al recurso. Posterior a ello, ninguna de las partes solicitó que se convoque a audiencia de estrados bajo el artículo 14 de la Ley de Casación.

III. Validez procesal

3.1. No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni las partes han alegado violación alguna del debido proceso. En consecuencia, se declara su validez.

IV. Análisis del recurso

a. Argumentos de la recurrente

4.1. La recurrente alega la causal número 1 del artículo 3 de la Ley de Casación por la errónea interpretación del artículo 20 de la Constitución de 1998, cuyo texto es el que sigue:

Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

4.2. Según la recurrente, el TDCA extrajo un requisito inexistente de prejudicialidad en el artículo 20 de la Constitución 1998. A su criterio, esa disposición no determina la necesidad de una declaratoria judicial previa de responsabilidad del Estado para reclamar una indemnización.

4.3. Considera que la correcta interpretación del artículo 20 de la Constitución 1998 es que, para demandar el resarcimiento de daños por deficiente prestación de servicio público, se deben establecer tres cuestiones dentro del proceso: (i) el daño, (ii) el nexo causal y (iii) título de imputación. Para respaldar esta interpretación, hizo referencia a la Resolución N°. 167-07 de la Corte Suprema de Justicia dictada el 11 de abril de 2007 dentro del caso N°. 62-2005; y,

al fallo expedido por la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso N°. 276-2010.

4.4. Por lo expuesto en el recurso, solicitó que se case la sentencia del TDCA y se declare con lugar la demanda.

b. Argumentos de la Procuraduría General del Estado

4.5. En la contestación al recurso, la Procuraduría expresó que la interpretación dada por el TDCA es una deducción formal del texto del artículo 20 de la Constitución 1998. Además, indicó que la sentencia del TDCA guarda una debida coherencia argumental entre sus partes motiva y resolutive porque los fundamentos de la decisión se ajustan a las normas invocadas por el TDCA sin que exista una desviación de aplicación indebida, ni de errónea interpretación, que deba ser corregida.

c. Análisis de la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, sobre la errónea interpretación del artículo 20 de la Constitución Política de 1998

4.6. El primer inciso del artículo 20 de la Constitución de 1998 hace referencia a la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, la obligación de indemnizar a los administrados como consecuencia de la prestación deficiente de servicios públicos o de los actos de funcionarios y empleados estatales, en el desempeño de sus cargos. Esta disposición ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Corte Nacional de Justicia.

4.7. El criterio reiterado por esta Sala es que la responsabilidad extracontractual del Estado es directa, objetiva y no se origina en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente [Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Gaceta Judicial, año CX, serie XVIII, no. 8, p. 3020; sentencia del 11 de abril de 2007, Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, no. 4, p. 1618].

4.8. Además, esta Sala ha establecido cuatro presupuestos para verificar la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que, una vez corroborada su concurrencia, proceda la indemnización a favor del administrado. Estos son:

1. La producción de un daño o perjuicio cierto, actual o futuro, material o moral;
2. Un nexo causal entre la actividad pública y el daño;
3. La existencia de un factor de atribución, esto es, la falta de la prestación de un servicio público, la deficiencia [funcionamiento anormal] del mismo o el cumplimiento [acción] o incumplimiento [omisión] irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y,
4. La imputación del daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, quien solo podrá oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado si prueba que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.

Sentencia N°. 760- 2016, recurso N°. 600-2012, 21 de junio de 2016; sentencia N°. 817-2016, recurso N°. 462-2012, 5 de julio de 2016; y, sentencia N° 217-2017, recurso N° 250-2013, 9 de febrero de 2017.

4.9. La procedencia de la pretensión indemnizatoria del administrado, con base en el artículo 20 de la Constitución de 1998, depende de la constatación de esos cuatro requisitos. En otras palabras, estos deben verificarse dentro del juicio para la existencia de una resolución favorable. Dado que de ellos depende el alcance y sentido de la decisión, califican como presupuestos materiales de la pretensión [Devis Echandía, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009, p. 260 y 381].

4.10. Establecido cuál es el sentido correcto del artículo 20 de la Constitución de 1998, es necesario revisar si el TDCA lo interpretó así o de una manera errónea, incurriendo en la causal de casación establecida en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Casación. En la sentencia recurrida, el TDCA indicó:

Dentro del caso de estudio, el accionante, no ha demostrado que judicialmente se le haya atribuido responsabilidad de la SENAE, o al Estado Ecuatoriano, por una deficiente prestación de servicios, requisito indispensable para que se le pueda obligar a la entidades accionadas al pago indemnizatorio que solicita (¼) El artículo 20 de la Constitución de 1998, vigente a la época, determina con claridad, la exigencia de que, **previo a determinar los valores que por indemnización recibiría**, quien se

considere afectado por la mala prestación de un servicio público, **debe establecerse judicialmente la responsabilidad** de la entidad cuyo servicio ha sido cuestionado, lo que en el presente caso, no se lo ha hecho. [énfasis añadido]

4.11. A criterio del TDCA, era necesaria una declaración judicial de la responsabilidad extracontractual del Estado antes de conceder una indemnización al administrado. Es decir, estimó que la determinación de responsabilidad del Estado era una cuestión prejudicial que requería ser resuelta en otro proceso y con anterioridad al reclamo indemnizatorio. Esto, considerando que la prejudicialidad de causa existe cuando un asunto debe ser resuelto previamente por el mismo juez o por otro con valor de cosa juzgada [Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría general del proceso*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Editorial Temis S.A., 2012, p. 447].

4.12. La determinación de responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser comprendida como el objeto de un juicio prejudicial y diferente a la cuantificación de la indemnización que, por ese concepto, le corresponda al administrado. Sería un contrasentido que exista un primer juicio para corroborar la responsabilidad estatal con base en la existencia de un daño y se establezca su magnitud (cuantificación) con autoridad de cosa juzgada; y que luego, exista un segundo juicio para volver a cuantificar el daño. Precisamente, ese segundo juicio carecería de objeto porque no podría alterar la cosa juzgada del primero, en relación a la cuantificación del daño, y por ende, al *quantum* indemnizatorio.

4.13. En este punto, es necesario diferenciar entre la determinación de responsabilidad extracontractual del Estado en justicia ordinaria, como la que nos ocupa, y aquella que puede establecerse dentro de una garantía jurisdiccional. Actualmente, cuando un juez constitucional resuelve que el Estado violó derechos constitucionales y dispone una medida de reparación económica en sentencia, la cuantificación de la indemnización se realiza en un procedimiento separado ante el correspondiente Tribunal Contencioso Administrativo [Corte Constitucional, sentencia No. 11-16-SIS-CC, caso No. 24-10-IS, 22 de marzo de 2016].

4.14. En ese caso, la determinación de responsabilidad precede a la cuantificación y esto es posible porque el objeto de pronunciamiento en la sentencia de la acción constitucional no es el monto de una indemnización, sino la verificación o no de una vulneración de derechos. Es más, no todas las vulneraciones son susceptibles de ser reparadas con una indemnización, por lo cual, sólo cuando se otorgan medidas de reparación económica a cargo del Estado es que procede la cuantificación en un

procedimiento separado y posterior al proceso donde se determina la responsabilidad.

4.15. En cambio, en una acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual del Estado, el objeto mismo de pronunciamiento es el monto de una indemnización cuando se verifican los cuatros requisitos señalados con anterioridad (párrafo 4.8 *supra*). Este ejercicio de constatar dichos requisitos es el antecedente lógico necesario para que la autoridad jurisdiccional pueda concluir que existió responsabilidad extracontractual del Estado, lo que a su vez, es el antecedente lógico y presupuesto material para establecer la procedencia de una indemnización a favor del administrado, según los daños jurídicamente relevantes y demostrados en el mismo juicio.

4.16. Por lo expuesto, este tribunal concluye que el TDCA incurrió en una errónea interpretación del artículo 20 de la Constitución de 1998 al haber confundido la determinación de responsabilidad extracontractual del Estado con un juicio prejudicial a la acción indemnizatoria. En consecuencia, se configuró la causal de casación establecida en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo cual, corresponde que este tribunal dicte una sentencia sobre los méritos del caso en reemplazo de la del TDCA, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación.

V. Sentencia de méritos

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

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

(¼) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27.

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

a. Demanda

5.4. ARLACO Cía. Ltda. pretende una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por la deficiente prestación del servicio público de aduanas, de conformidad con el artículo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Fijó la cuantía de su demanda en cinco millones de dólares.

5.5. Fundamentó su demanda en dos eventos: (i) la Corporación Aduanera Ecuatoriana revocó la autorización que le había concedido para importar siete tractocamiones, bajo el régimen especial de importación temporal con reexportación en el mismo estado, con el objeto de explotar una concesión minera; y, (ii) recibió un tratamiento diferente al de otros importadores en la misma situación, por lo que, el servicio público de aduanas no cumplió con ser universal, general, eficiente, obligatorio y responsable, conforme al artículo 314 de la Constitución. Estos sucesos y los fundamentos en derecho de ARLACO Cía. Ltda. serán sintetizados a continuación:

5.6. *Sobre la autorización de importación y su revocatoria.*- ARLACO Cía. Ltda. solicitó a la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana que autorice la importación temporal con reexportación en el mismo estado de siete camiones hormigoneros para la explotación de una concesión minera. Esta fue concedida mediante resolución No. GGN-GEJY-DTA-PV-0106 de 10 de enero de 2007 y alcance No. GGN-GEJY-DTA-PV-0133 de 17 enero de 2007 (Fojas 21, 35, 46; y, 22, 37, 98).

5.7. Luego, los camiones arribaron al país y fueron destinados a un almacén temporal para su posterior desaduanización. Entonces, ARLACO Cía. Ltda. inició las gestiones para perfeccionar el régimen suspensivo del pago de tributos. En ese punto, el Gerente General de la Corporación Aduana Ecuatoriana revocó la autorización de importación de los camiones mediante oficio GGN-GAJ-DTA-OF-2973 del 17 de julio de 2007 (foja 23). Se basó en el criterio del Procurador General del Estado contenido en el oficio No. 001375 de 4 de mayo de 2007. En este, se estableció:

(¼) la concesión otorgada por el Estado ecuatoriano a los particulares para la ejecución de actividades mineras no constituye concesión de servicio público ni de

obra pública, no es procedente la aplicación de los artículos 58 de la Ley Orgánica de Aduanas, ni del Art. 76, letra a) de su Reglamento.

5.8. Tras ello, el 29 de diciembre de 2008, la Corporación Aduanera Ecuatoriana dispuso que en el término de 15 días se proceda al reembarque de la mercadería importada por ARLACO Cía. Ltda. (foja 24, Oficio sin numeración).

5.9. Dos años después del ingreso de la mercadería, la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana decidió autorizar la internación temporal de los camiones detenidos en el almacén temporal mediante oficio No. GGN-GAJ-DTA-OF-1185 de 26 de marzo de 2009 (fojas 25 y 42). A criterio de la entidad, la importación temporal de los camiones ya se encontraba debidamente autorizada mediante resolución No. GGN-GEJY-DTA-PV-0106 de 10 de enero de 2007 con una vigencia de cinco años, por lo cual, *“ (1/4) las referidas mercaderías no t[enían] ningún impedimento para continuar bajo el mismo régimen, exhortándolo [a ARLACO Cía. Ltda.] a cumplir con todas la formalidades aduaneras° .*

5.10. Según ARLACO Cía. Ltda., la Corporación Aduanera Ecuatoriana tenía dos alternativas para revocar la autorización de importación:

1. Aplicar los artículos 91 y 92 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que contemplaban la extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad de un acto administrativo previo el pago de una *“ debida indemnización por el daño que se cause al administrado° .*
2. Anular el acto administrativo de autorización de importación temporal bajo el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, luego de la *“ declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente° .*

5.11. No obstante, la Corporación Aduanera Ecuatoriana no empleó ninguna de esas opciones y, a criterio de ARLACO Cía. Ltda., esta revocó la autorización de importación sin fundamento jurídico porque el pronunciamiento del Procurador General del Estado fue posterior a dicha autorización.

5.12. *Sobre el tratamiento diferente entre importadores.-* Mediante oficio No. GGN-GEJU-DTA-PV-0513 de 3 de abril de 2007 (fojas 27-28; 34-41), FUENLABRADA Cía. Ltda. obtuvo una autorización

de la Corporación Aduanera Ecuatoriana para importar ciertos vehículos bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado, con el objeto de explotar una concesión minera. Esta autorización no fue revocada tras el pronunciamiento del Procurador General del Estado que causó la revocatoria de la autorización otorgada a ARLACO Cía. Ltda. Por el contrario, con oficio No. GGN-GEJU-DTA-PV-1527 de 7 de noviembre de 2007 (foja 29), el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana dispuso a la Secretaría General que apruebe el código de documento aduanero para FUENLABRADA Cía. Ltda.

5.13. Con base en estos sucesos, ARLACO Cía. Ltda. alegó los siguientes daños: (i) los camiones permanecieron detenidos en aduana por dos años, por lo cual, se dañó la imagen de ARLACO Cía. Ltda. por no poder honrar los compromisos contractuales de la concesión minera; (ii) se generaron pérdidas económicas por no poder explotar eficientemente la concesión minera; (iii) deterioros a la mercadería por falta de uso; y, (iv) costos de almacenamiento de la mercadería.

b. Contestación del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ª SENAEº)

5.14. En su contestación a la demanda, el SENAE -anterior Corporación Aduanera Ecuatoriana- se excepcionó con los siguientes argumentos:

1. Existe cosa juzgada dado que la Corte Constitucional conoció los hechos alegados por ARLACO Cía Ltda. dentro de una acción de amparo. En la resolución No. 016-2008-RA, se resolvió que no existió vulneración de derechos por parte de la Corporación Aduanera Ecuatoriana al haber revocado la autorización de importación sobre la base del pronunciamiento del Procurador General del Estado.
2. El pronunciamiento del Procurador General del Estado era de carácter obligatorio y vinculante. Por consiguiente, no procedía la importación de los tractocamiones dentro del régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado, según la absolución de consulta No. 001375 de 4 de mayo de 2007 publicada en Registro Oficial 147 de 14 de agosto de 2017.
3. La autorización de importación contenida en las resoluciones No. GGN-GEJU-DTA-PV-0106 y GGN-GEJU-DTA-PV-0133 no califica como un acto administrativo

declarativo de derechos subjetivos. La única autoridad competente para verificar, aceptar u observar las declaraciones aduaneras de importación, previo al cumplimiento de todos los requisitos legales, era el Gerente Distrital de la Corporación Aduanera Ecuatoriana de conformidad con las letras b) y l) del artículo 133 de la Ley Orgánica de Aduanas. Por lo cual, sólo nació una mera expectativa respecto del ingreso de la mercancía, mas no un derecho como tal a favor de ARLACO Cía. Ltda.

4. No se discriminó a ARLACO Cía. Ltda. porque, al igual que en el caso de FUENLABRADA Cía. Ltda., se dispuso la aprobación en el SICE mediante oficio GGN-GAJ-DTA-OF-1183 de 26 de marzo de 2009, así como que continúe con el trámite de internación temporal a través del oficio GGN-GAJ-DTA-OF-1185.
5. ARLACO Cía. Ltda. presentó la demanda con base en la Ley Orgánica de Aduanas, pero esta es inaplicable porque fue derogada por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

5.15. Por lo expuesto en su contestación, el SENAE solicitó que se declare sin lugar la demanda de ARLACO Cía. Ltda.

c. Contestación de Procuraduría General del Estado

5.16. En su contestación a la demanda, la Procuraduría General del Estado también opuso la excepción de cosa juzgada por los mismos motivos que el SENAE y, asimismo, argumentó que la autorización de importación era revocable sin indemnización porque esta no era un acto administrativo que creaba derechos a favor de ARLACO Cía. Ltda.

5.17. Finalmente, alegó que existe una causa de justificación que exime al Estado de reparar. En este caso, la justificación es la aplicación de un criterio vinculante del Procurador General del Estado, dictado a través de una absolución de consulta.

d. Consideraciones de la Sala

1. La excepción de cosa juzgada

5.18. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ya ha determinado que no es procedente la excepción de cosa juzgada o la invocación del principio *non bis in ídem* en los casos en que se haya negado el amparo constitucional y que, posteriormente, se haya activado la acción contencioso administrativa [Sentencia No. 0326-2013, juicio 0155-2010, 9 de Mayo de 2013, párrs. 3.1. y 4.2; Resolución No. 100-2016, juicio No. 513-2010, 21 de enero de 2016, párr. 3.2.].

5.19. Esto se debe a que la acción de amparo constitucional y las acciones contencioso administrativas tienen objetos distintos. En la primera, se analiza la posible vulneración de derechos constitucionales con carácter cautelar, mientras que la segunda tiene por objeto, en este caso, el examen sobre la procedencia o no de una indemnización en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por lo cual, no procede la excepción de cosa juzgada planteada por el SENA E y la Procuraduría General del Estado.

2. Pronunciamiento sobre argumentos de la parte demandada

5.20. El SENA E alegó que la Ley de Aduanas no es aplicable al fondo de la controversia porque fue derogada el 29 de diciembre de 2010 con la publicación del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en el Registro Oficial, antes de la presentación de la demanda.

5.21. Este tribunal desestima dicha alegación del SENA E puesto que, en el aspecto material de una disputa, la norma sustantiva es la vigente a la época de los hechos que dieron lugar a la controversia y no la normativa vigente al momento de la judicialización. Esta lógica forma parte del derecho a la seguridad jurídica que exige que las personas tengan la oportunidad de conocer lo permitido y lo prohibido, así como las posibles consecuencias jurídicas de sus acciones, antes de que se produzcan tales tesisuras [Ricardo Rivero y Víctor Granda, *Derecho Administrativo*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 34]. En esta línea, la Corte Constitucional ha indicado: *“ es un deber de los administradores de justicia, aplicar*

las normas que se encontraban vigentes al momento de suscitarse el acto jurídico a ser sancionado° [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 387-17-SEP-CC, caso No. 2033-16-EP, 13-dic.-2017, p. 14].

5.22. Además, tanto el SENA E como la Procuraduría General del Estado argumentaron que no procede la indemnización reclamada por ARLACO Cía. Ltda. porque la Corporación Aduanera Ecuatoriana revocó la autorización de importación en cumplimiento del criterio vinculante del Procurador General del Estado. Asimismo, señalaron que dicha autorización era revocable sin indemnización porque no constituye un acto administrativo declarativo de derechos. Es decir, consideran que la actuación de la Corporación Aduanera Ecuatoriana fue lícita y por tanto, el Estado está eximido de indemnizar al administrado.

5.23. Sin embargo, como quedó señalado en el párrafo 4.7 *supra*, la responsabilidad extracontractual del Estado no se origina en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente [Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Gaceta Judicial, año CX, serie XVIII, no. 8, p. 3020; sentencia del 11 de abril de 2007, Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, no. 4, p. 1618].

5.24. En el derecho privado, la ilicitud sigue siendo uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, por lo cual, no se responde por el ejercicio regular de un derecho aunque cause daños [Ricardo H. Francavilla, ^a La imputabilidad en la responsabilidad del Estado°, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., 2008, p. 220]. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Público, el factor de atribución en la responsabilidad extracontractual del Estado también puede provenir de una actividad lícita. En esta línea, Juan Carlos Cassagne señala:

Entre las características que tipifican la regulación por el derecho público se encuentran: En primer lugar, la concepción de la falta de servicio como una responsabilidad objetiva que prescinde de la idea de la culpa. La segunda característica radica en el factor de atribución en la responsabilidad lícita que, en principio, no se configura en el derecho privado. (1/4) Por otra parte, en el

derecho administrativo, se tiene en cuenta la ausencia del deber de soportar el daño y el sacrificio especial que una persona sufre **como consecuencia de una actividad lícita del Estado**, que perjudica, en mayor medida, a un patrimonio que a otro.^o [énfasis añadido]

Juan Carlos Cassagne,^a Las causas de atribución en la responsabilidad del Estado^o, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., 2008, p. 349.

5.25. Por lo tanto, este tribunal desestima la alegación del SENA E y la Procuraduría General del Estado de que una actividad lícita del Estado lo eximiría de indemnizar al administrado, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

3. Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

5.26. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, la indemnización de daños y perjuicios a favor del administrado procede cuando se verifican los cuatro requisitos señalados en el párrafo 4.8 *supra*: (i) un factor de atribución; (ii) un daño; (iii) la relación de causalidad entre la actividad pública y el daño; y, (iv) la imputación del daño a una entidad estatal.

5.27. En este caso, ARLACO Cía. Ltda. debe probar estos cuatro elementos, de conformidad con el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, dado que en su demanda ha propuesto afirmativamente que la Corporación Aduanera Ecuatoriana prestó un servicio aduanero deficiente y que ello, le ha causado un perjuicio indemnizable.

5.28. Por su parte, los hechos que no requieren ser probados al no haber sido controvertidos por la parte demandada y que, por el contrario, fueron expresamente admitidos en las contestaciones del SENA E y la Procuraduría General del Estado son los siguientes: (i) la Corporación Aduanera Ecuatoriana autorizó la importación de los siete tractocamiones de

ARLACO Cía. Ltda. bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado; y, (ii) esta autorización fue revocada por la Corporación Aduanera Ecuatoriana en virtud del criterio del Procurador General del Estado contenido en el oficio No. 001375 de 4 de mayo de 2007.

5.29. Establecido lo anterior, este tribunal procederá a revisar si en este caso se cumplen los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado.

i. El factor de atribución

5.30. ARLACO Cía. Ltda. alegó la prestación deficiente del servicio aduanero como el factor de atribución de responsabilidad al Estado. Para abordar este argumento, primero es necesario determinar si efectivamente la Aduana ofrece un servicio público y, segundo, en qué consiste una prestación deficiente de un servicio público.

5.31. De conformidad con el artículo 4 de la Ley de Aduanas, la Aduana es un **servicio público** que -en lo principal entre otras actividades- tiene a su cargo la vigilancia y control de la entrada y salida de personas, mercancías y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República, así como la determinación y la recaudación de las obligaciones tributarias causadas por tales hechos.

5.32. Verificado lo anterior, nos incumbe establecer lo que significa la prestación deficiente del servicio público como factor de atribución, de tal manera que luego se pueda corroborar si, en este caso, la Corporación Aduanera Ecuatoriana incurrió en este.

5.33. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define *deficiente* como aquello que *“tiene algún defecto o no alcanza el nivel considerado normal”*. De ahí que la prestación de un servicio público será deficiente en el evento que no alcance el nivel exigible para los administrados. En este supuesto, la actividad legítima de la administración puede dar lugar a un funcionamiento deficiente cuando -pese que la administración se someta a la ley- el servicio marche de manera anormal o defectuosa al incumplir con alguno de los siguientes

principios: eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, establecidos en el artículo 249 de la Constitución de 1998.

5.34. Además, el funcionamiento normal del servicio público \pm en oposición a la prestación deficiente \pm requiere que la Administración Pública actúe de manera coherente con sus actos previos. Es decir, su conducta no puede ser contradictoria en perjuicio del administrado. Esto tiene fundamento en el principio de confianza legítima como una derivación del derecho constitucional a la seguridad jurídica de los administrados, reconocido en el artículo 23.26 de la Constitución de 1998 [Viviane Seville Salas, ^aLa Confianza legítima y la responsabilidad del Estado^o, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., 2008, p. 520].

5.35. En este caso, se observa que el primer acto de la Corporación Aduanera Ecuatoriana fue autorizar a ARLACO Cía. Ltda. para que importe siete tractocamiones bajo el régimen especial de internación temporal con reexportación en el mismo estado, mediante resolución No. GGN-GEJY-DTA-PV-0106 de 10 de enero de 2007 y alcance No. GGN-GEJY-DTA-PV-0133 de 17 enero de 2007. Luego, en un segundo acto, cambió de postura indicando que dicha importación en ese régimen era improcedente, mediante oficio GGN-GAJ-DTA-OF-2973 del 17 de julio de 2007.

5.36. Por último, en un tercer acto, la Corporación Aduanera Ecuatoriana retomó su primera postura y, sin revocar el oficio en que había dicho que era improcedente la importación, dispuso que ARLACO Cía. Ltda. continúe con el trámite de internación temporal a través del oficio GGN-GAJ-DTA-OF-1185 de 26 de marzo de 2009. Esto, en función de la autorización que inicialmente había concedido en la resolución No. GGN-GEJY-DTA-PV-0106 y su alcance.

5.37. Esta actuación contradictoria de la Corporación Aduanera Ecuatoriana con sus propios actos ofrece suficiente sustento para que el presente tribunal concluya que la atención prestada a ARLACO Cía. Ltda. como usuario del servicio aduanero no fue compatible con el principio de confianza legítima. Por lo tanto, la actuación de la Corporación Aduanera Nacional se opuso al funcionamiento normal del servicio público y, en consecuencia, incurrió

en la prestación deficiente de este como factor de atribución de responsabilidad al Estado.

5.38. Luego de que se ha constatado este primer presupuesto de la responsabilidad extracontractual, se procederá a examinar si se cumplen los presupuestos relativos al daño y la relación de causalidad entre la actividad pública y este.

ii. El daño y la relación de causalidad

5.39. En la demanda, ARLACO Cía. Ltda. alegó que la prestación deficiente del servicio aduanero le causó los siguientes daños: (i) los camiones permanecieron detenidos en aduana por dos años, por lo cual, se dañó la imagen de ARLACO Cía. Ltda. por no poder honrar los compromisos contractuales de la concesión minera; (ii) se generaron pérdidas económicas por no poder explotar eficientemente la concesión minera; (iii) deterioros a la mercadería por falta de uso; y, (iv) costos de almacenamiento de la mercadería.

5.40. Antes de examinar si ARLACO Cía. Ltda probó la existencia de dichos daños y si estos son consecuencia directa de la actividad pública, es menester precisar que no procede que este tribunal conceda cuestiones distintas, ni adicionales a las reclamadas por el actor en su demanda, en virtud del principio dispositivo y la congruencia que debe guardar una decisión jurisdiccional con el objeto de la litis, según el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

5.41. Por lo cual, corresponde negar la pretensión indemnizatoria por aquellos daños que no fueron expresamente alegados en la demanda. Estos son: (i) los gastos financieros determinados en USD 188.138.99 dentro del informe pericial que consta a fojas 904-934; y, (ii) los gastos por servicios legales, cuyas copias de facturas constan desde la foja 384 hasta la 402.

5.42. Ahora bien, incumbe revisar si los daños alegados por el actor están probados y son directos, es decir, si existe un nexo de causalidad entre la actividad pública y el daño [Luis Fernando Ternera Barrios y Francisco Ternera Barrios, *“Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”*, *Opinión Jurídica*, Vol. 8, No. 13, p. 102]. Para el efecto, primero se analizarán los daños materiales y después, los morales.

5.43. En el informe pericial que consta desde la foja 937-945, el Ing. Fernando Bravo Reinoso determinó que ARLACO Cía. Ltda. dejó de percibir USD 1 251 022,24 en utilidades dentro de un

periodo de cinco años contados desde la importación de los camiones, hasta el vencimiento de régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado. Según el actor, estos daños materiales se originan en la supuesta imposibilidad de ARLACO Cía. Ltda. para explotar la concesión minera sin los siete tractocamiones.

5.44. No obstante, este tribunal no cuenta con elementos suficientes para determinar que esos daños fueron consecuencia directa de la actividad pública. ARLACO Cía. Ltda. no logró demostrar que el uso de esos siete tractocamiones era la única alternativa para explotar la concesión minera ± ya que pudieron existir otras alternativas como, por ejemplo, la compra o alquiler de maquinaria a nivel local durante el almacenamiento de los tractocamiones, de tal manera que sea posible afirmar que dicho daño tiene su causa directa en la actividad pública y no en las decisiones del manejo del negocio por parte de ARLACO Cía Ltda.

5.45. Adicionalmente, el monto determinado por el perito no refleja un daño cierto porque si bien ARLACO Cía. Ltda. podía tener expectativas de ganancia respecto de la concesión minera, en el cálculo del informe se está asumiendo que todos los días de trabajo en la concesión se extraería suficiente cantidad de material para usar los camiones a máxima capacidad de transporte. Además, en el peritaje, no se considera que las supuestas pérdidas no podrían ser calculadas desde que los tractocamiones arribaron al país, pues se ignora el tiempo que normalmente hubiese tomado el proceso de desaduanización en el que los camiones debían permanecer almacenados.

5.46. En consecuencia, este tribunal no verifica que las pérdidas de ganancias alegadas por ARLACO Cía. Ltda. (sobre la supuesta imposibilidad de explotar la concesión minera en ausencia de los tractomiones) sean perjuicios directos y ciertos de manera que constituyan daños indemnizables.

5.47. Por el contrario, se observa que los deterioros de los siete tractocamiones por falta de uso y los costos de su almacenamiento son daños materiales que ocurrieron como consecuencia directa de la actividad pública. Dada la actuación contradictoria de la Administración, en particular, su cambio de postura para revocar la autorización de importación, los tractocamiones se mantuvieron almacenados sin uso. Por el paso del tiempo, esto significó la depreciación de los bienes y su desgaste y, además, generó para ARLACO Cía. Ltda. la necesidad de hacer desembolsos para cubrir los gastos de su almacenamiento.

5.48. Estos daños fueron probados mediante el informe pericial y anexos que constan desde la foja 904 hasta la 934. Al respecto, el Ing. Luis Alfonso Rivera Hermida determinó los siguientes valores:

USD 263 143.86 por la depreciación de los tractocamiones dado el tiempo que estuvieron almacenados; y, USD 130 995.19 en mantenimientos y reparaciones. Adicionalmente, desde la foja 404 a la 419, consta prueba documental que acredita la existencia de un daño material por almacenaje en bodega de los tractocamiones que asciende a USD 23 245.60.

5.49. Por último, en relación al daño moral alegado por ARLACO Cía. Ltda., este tribunal reconoce que las personas jurídicas pueden buscar la tutela de los derechos extrapatrimoniales inherentes a su crédito y buena fama comerciales porque estos conducen, a su vez, a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general [Sentencia No. 508-2010, juicio No. 19-2007, Expediente 508, R.O. Suplemento 422, 2 de Abril del 2013].

5.50. Sin embargo, este daño también está sujeto a prueba dentro del proceso, esto es, debe fundamentarse adecuadamente su existencia y un baremo para fijar su monto indemnizatorio. Mal se podría pretender que en un caso de responsabilidad objetiva del Estado los jueces deban presumir automáticamente la existencia de un posible daño moral, y puedan sin más darle un valor indemnizatorio cualquiera, sin que la parte agraviada deba justificar, esto es probar, ni el uno ni el otro; pues al menos debe darse una prueba indiciaria. El solo hecho lesivo no permite inferir en modo alguno la producción misma de un daño moral -mucho menos, su intensidad- sino que es menester acreditar concretas repercusiones existenciales [Resolución N°. 1137-2017, recurso No. 17741-2015-0944, 16 de octubre de 2017].

5.51. En este caso, ARLACO Cía. Ltda. no ofreció un baremo para fijar el monto indemnizatorio del daño moral que reclama. Por consiguiente, este tribunal carece de elementos para concederlo.

5.52. Por lo expuesto, sólo se verifican los presupuestos del daño y la relación de causalidad en relación a los siguientes conceptos: USD 23 245.60 por almacenaje de bodega, USD 263 143.86 por la depreciación y USD 130 995.19 en reparaciones. Estos suman USD 417 384.65, probados mediante informe pericial y prueba documental que consta en fojas 904-934 y 404-419.

iii. La imputación del daño

5.53. En este punto, ya se ha verificado que los daños indemnizables a ARLACO Cía. Ltda. fueron el resultado de la deficiente prestación del servicio público aduanero y como tal, son imputables a la Corporación Aduanera Ecuatoriana, actual SENA. Además, en este caso, el SENA y la Procuraduría General del Estado no han proporcionado elementos que permitan determinar que esos efectos dañinos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, o que fueron producto del hecho de un

tercero o de la culpa de la víctima. En consecuencia, también se verifica el cumplimiento de este presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

5.54. Tras haber constatado que se cumplen los cuatro presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado, procede una indemnización de daños y perjuicios a favor de ARLACO Cía. Ltda.

VI. Decisión

6.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **acepta** el recurso de casación interpuesto por ARLACO Cía. Ltda. y por lo tanto decide **casar** la sentencia dictada el 5 de agosto de 2016, las 10h25, por la Sala Única del Tribunal Distrital N°. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.

6.2. En virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se **declara parcialmente con lugar** la demanda de ARLACO Cía. Ltda. En consecuencia, se **dispone** el pago de una indemnización de USD 417 384.65 por responsabilidad extracontractual del Estado en razón de la deficiente prestación del servicio aduanero, conforme consta en los párrafos 5.48 y 5.52 *supra*. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION No. 559-2021



153826606-DFE

Juicio No. 17811-2018-00944

JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)**(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, miércoles 14 de julio del 2021,

las 12h49. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** El doctor Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021; **c)** Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17811-2018-00944.**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, Provincia de Loja, expidió sentencia, dentro de la causa signada con el **17811-2018-00944**, el 6 de agosto de 2019, 12h33, promovido por el ciudadano CÉSAR AUGUSTO AGUIRRE ARIAS, en contra del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, sentencia, de mayoría, en la que se acepta parcialmente la demanda, disponiendo que el Ministerio de Agricultura y Ganadería, pague al actor el valor correspondiente a las planillas 5,6,7,8,9, 10 y 11; así como la planilla de costo más porcentaje No. 1, más los respectivos intereses que se calcularán conforme lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 125 del reglamento a la LOSNCP. Los valores cuyos pagos ordenan, se calcularán pericialmente, de los que se descontarán los valores que se justifiquen legalmente.

2.2.- RECURSO: Las entidades demandadas, Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General del Estado, han propuesto sendos recursos de casación en contra de la sentencia recurrida, a los que se hará referencia seguidamente.

2.3.- ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 15 de junio de 2020, admitió los recursos de casación interpuestos por: Ministerio de

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

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
MILTON ENRIQUE
VELÁSQUEZ DÍAZ
C=EC
L=QUITO
CI
0922810874

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Agricultura y Ganadería con relación a la causal cuarta del artículo 268 del COGEP e inadmitiéndolo sobre la causal segunda; y, respecto del recurso interpuesto por la Procuraduría General del Estado lo admite por la causal quinta de la disposición legal en cita.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP. Corresponde señalar que en la audiencia de sustentación del recurso de casación practicada el día hora señalado, conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; intervinieron las partes procesales ejerciendo su derecho de contradicción y se generó el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN:

La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo sustancial la defensa del derecho objetivo y su correcta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia, es por ello que el recurso ataca las sentencias o autos definitivos que ponen fin al proceso judicial. La defensa del rigor de la norma jurídica, orientada a evitar y proscribir la arbitrariedad, por su inadecuado uso por parte de los órganos jurisdiccionales; esto es, la denominada NOMOFILAQUIA, es competencia de la Corte Nacional de Justicia que la ejerce por medio de sus Salas Especializadas; es por ello que, siendo un recurso extraordinario, su propósito no es la administración de justicia respecto de las posiciones procesales que tienen las partes que integran un juicio, ya que ello es una competencia privativa de los juzgados, cortes y tribunales de instancia. Su finalidad es el control jurisdiccional de los pronunciamientos de cortes provinciales y tribunales distritales, a fin de que pueda uniformar la jurisprudencia, brindando la seguridad jurídica que requiere la sociedad.

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

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

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

^a Motivación. Para cumplir el requisito de motivación que la Constitución de la República en su artículo 76 numeral 7 literal l), y el numeral 7 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos exigen para las sentencias escritas, se hace constar: el caso sub examine se encasilla en el ámbito de las controversias contractuales, las que el Profesor Carlos Betancur Jaramillo, las describe así: ^a Tal como

lo ha dicho la jurisprudencia, la controversia contractual, o sea el conflicto de intereses surgido entre las partes contratantes en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanados del contrato, puede tener origen en el contrato mismo; en los hechos de ejecución o en los actos que dicte la administración, bien en forma unilateral o de común acuerdo con el contratista, y que en alguna forma afecten la relación negocial. Por eso mismo, tal conflicto contractual es el que se pone de presente cuando se demanda la nulidad absoluta o relativa del contrato, su simulación o revisión, como el que se deriva del incumplimiento de una de las partes o de ambas a sus obligaciones de ejecución o cumplimiento¹⁴ ° (Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, Tercera Edición, Juan Carlos Galindo Vácha, Editorial TEMIS, pág. 387). De su parte del Profesor Roberto Dromi, en su Obra ^aDERECHO ADMINISTRATIVO^o, Hispania Libros, 12ª Edición, pág. 255, dice: ^aContrato Administrativo. Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa^o. Con ese preámbulo, y considerando los hechos probados antes detallados, así como los alegatos expuestos por las partes en defensa de sus pretensiones y en sustento de sus excepciones, corresponde determinar si el actor tiene o no derecho al pago de los valores que reclama. Al efecto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente a la época de suscripción del Contrato que deriva la controversia y hasta la actualidad, en su artículo 1, dispone: ^aObjeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado¹⁴ .°; en su artículo 4 referente a los principios que rigen la contratación pública, señala: ^aPrincipios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional^o; en el Capítulo relacionado con la administración del contrato señala: ^aArt. 80.- Responsable de la Administración del Contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda^o. En lo que respecta a las Recepciones y la Liquidación de los contratos, estipula: ^aArt. 81.- Clases de Recepción¹⁴ En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva. Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales¹⁴ °. Finalmente, con respecto al reajuste de precios manda: ^aArt. 82.- Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley¹⁴ °. Concomitante con esas normas legales, el Reglamento a la LOSNCP, con respecto a los asuntos a que se refiere la controversia, en el Capítulo ^aDE LAS RECEPCIONES Y LA

LIQUIDACION°, dispone: ^a Art. 123.- Recepción definitiva.- En los contratos de obra, la recepción definitiva procederá una vez transcurrido el término previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de éstas^{1/4}°. ^a Art. 124.- Contenido de las actas.- Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato. Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria. En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores°; y, ^a Art. 126.- Sistema de reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere la Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo. En consecuencia, aquellos contratos, cuya forma de pago no corresponda al sistema de precios unitarios no se sujetará al sistema de reajuste previsto en este capítulo°. Ahora bien, la pretensión del actor expuesta en su escrito de demanda, es que en sentencia se ordene el pago de los siguientes valores: 1. Planilla 5 por un líquido a pagar de \$ 132,32; 2. Planilla 6 por un líquido a pagar de \$ 1,029.20; 3. Planilla 7 por un líquido a pagar de \$ 9,497.43; 4. Planilla 8 por un líquido a pagar de \$ 295.72; 5. Planilla 9 por un líquido a pagar de \$ 1,405.06; 6. Planilla 10 por un líquido a pagar de \$ 8,372.01; 7. Planilla 11 por un líquido a pagar de \$ 20,792.72; 8. Planilla de trabajos ejecutados costo + % por un líquido a pagar de \$ 19,848.27; 9. Los intereses que se calcularán al momento de la obligación; y, 10. El pago de los gastos que ocasiona el cobro incluido los honorarios de los abogados defensores. Al efecto, de los hechos probados, aparece que los ahora contendientes, han suscrito entre sí un contrato para ejecución de obra por emergencia, en el que se han establecido las cláusulas que exige la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la validez de los contratos administrativos; es decir, el procedimiento de contratación se ha ajustado a los criterios establecidos en la Ley, sin que además las partes hayan alegado vicio o reproche alguno respecto al proceso precontractual y contractual. También se ha probado que el Contratista ha cumplido sus obligaciones asumidas, ya que eso consta del Acta de Entrega Recepción Definitiva antes analizada, de la que aparece en forma expresa en la ^a Liquidación Económica° que se encuentran ^a pendiente de pago planillas de obra N° 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11; y, Planilla de Costo + % N° 1°, haciéndose constar en la columna como valor ^a Líquido a pagar° la cantidad de \$ 83,501.58 (fs. 1390). Revisada esta acta, la misma cumple con los requisitos que de acuerdo al artículo 124 del Reglamento a la LOSNCP debe contener, y adicionalmente, la misma no ha sido objetada ni impugnada por ninguna de las partes, más aún, la misma fue producida como prueba en la audiencia de juicio tanto por el actor como por la parte demandada, por lo que goza de las presunciones de

legitimidad y ejecutoriedad conforme a lo previsto en el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos. En ese contexto, como la Dependencia contratante no ha demostrado haber pagado dichas planillas, corresponde ordenar el pago de las mismas. El actor también reclama el pago de intereses de los valores pendientes de pago, al efecto el precitado Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (R.O.S. 588, 12-mayo-2009) en el Capítulo ^aDE LAS RECEPCIONES Y LA LIQUIDACION^o, prescribe: ^a Art. 125.- Liquidación del contrato.- En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva. Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada^o; como en el caso el Acta de Entrega Recepción Definitiva se ha suscrito el 29 de abril de 2015, la Entidad Contratante tenía para pagar los valores pendientes hasta el 14 de mayo del mismo año; como no lo ha hecho, corresponde el pago de los intereses que deben calcularse desde el 15 de mayo de 2015 hasta la fecha efectiva del pago. Los representantes de la parte demandada, se oponen al pago de intereses argumentando que el Contratista ha incumplido sus obligaciones y que continuamente ha sido multado; sin embargo, esas aserciones resultan desacertados, porque en el Acta de Entrega Recepción Definitiva, donde constan los valores pendientes de pago, se ha incluido lo relacionado a las multas, con su concepto y valor, las que dice ^a fueron descontadas en las planillas del periodo correspondiente^o (fs. 1388). Finalmente, el accionante reclama también el pago de ^a los gastos que ocasionen el cobro incluidos los honorarios de sus defensores; al efecto, el Código Orgánico General de Procesos, establece en su artículo 284 que ^a El Estado no será condenado en costas, pero en su lugar podrá ser condenado a pagarlas quien ejerza su defensa^o, sin que, a criterio del Tribunal la defensa técnica de la Dependencia demandada haya litigado de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad procesal, para ordenar el pago de costas a dicha defensa técnica, por lo que esa pretensión resulta improcedente. Finalmente, respecto a los valores cuyo pago se ordena, especialmente lo relacionado a intereses, se debe considerar lo que la Constitución de la República, dispone: ^a Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento^¼ 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte^¼ Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento^¼ 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia^¼ ^o. Por su parte el artículo 33 *ibídem*, señala que ^a El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho

económico, fuente de realización personal y base de la economía^{1/4} °. Por otro lado, en el artículo 66 de la misma Constitución, aparece: ^a Se reconoce y garantizará a las personas:^{1/4} 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación^{1/4} 16. El derecho a la libertad de contratación. 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley^{1/4} °. En su Capítulo ^a Derechos de protección°, dispone: ^a Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley°. Finalmente, el artículo 76 de la Carta Fundamental. Señala: ^a Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes^{1/4} °. Asimismo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública antes invocada en su Capítulo XI, ^a RESPONSABILIDADES°, dispone: ^a Art. 99.- Responsabilidades^{1/4} La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. La Entidad contratante, obligatoriamente seguirá la acción correspondiente, en contra de él o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión la entidad debió indemnizar a contratistas o proveedores, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales^{1/4} °. En el campo doctrinario: ^a Ocurrida alguna situación de inejecución de las obligaciones o retardo en su cumplimiento por alguno de los contratantes, tal circunstancia o conducta podrá causarle un perjuicio a su co-contratante, lo que situará la controversia en el ámbito de la responsabilidad contractual^{1/4} De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba recibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)^{1/4} El restablecimiento financiero del contrato, que se reconoce por el rompimiento del equilibrio de la misma índole, debe entenderse también como una indemnización de perjuicios. En efecto, trátase de actos o hechos del Estado, de hechos de la propia entidad pública contratante o de circunstancias exógenas, todas ellas estarán fuera del marco voluntario de compromiso, todos ellos podrán conducir al contratista a realizar acciones adicionales que impliquen un desajuste en las cargas relativamente proporcionales de los co-contratantes^{1/4} Aunque el tema es tangencial, no se puede dejar de expresar que la devaluación monetaria, y su mecanismo de solución, como es la indexación de la moneda, constituyen fenómenos ajenos a los perjuicios en sí mismo considerados; se refiere, fundamentalmente, al poder adquisitivo del dinero, del instrumento reparativo del efecto que por razón del transcurso del tiempo sufre una persona al no disponer del medio de pago

en determinado momento. Se trata de un medio para devolver la equivalencia que al momento de terminar la indemnización de perjuicios debe primar entre el perjuicio y su reparación. Por tal razón, no se puede encasillar con el rótulo de daño emergente ni de lucro cesante. La corrección monetaria pretende mantener un valor real del mecanismo indemnizatorio por excelencia como es el dinero. Se trata, por tanto, de una herramienta restauradora del medio de pago, que se ve menoscabado por razón de las dificultades de la economía nacional, pero que el damnificado no puede soportar su influjo negativo¹⁴ (DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, Tomo I, Juan Carlos Galindo Váccha, Editorial TEMIS, pág.422-425)°.

7.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS, ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN:

7.1 RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA.

7.1.1 Sobre la causal cuarta: El Ministerio casacionista arguye en su recurso que la sentencia que interpela infringe, por falta de aplicación de los artículos 160, 161, 164, 169, 90 y 91 del COGEP, preceptos jurídicos que hacen relación a la valoración de la prueba y a la pretensión del actor; lo cual ha generado la inaplicación de los artículos 76.1.4, y, artículo 82 de la Constitución, así como el artículo 277 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Afirma que en la sentencia recurrida no se ha dado valor probatorio al informe de liquidación suscrito por el ingeniero Sebastián Quijia de 4 de diciembre de 2015, ni de los informes económicos de pago, produciéndose una falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Que el Tribunal, tomó en consideración solamente el acta de entrega recepción definitiva de la obra de fecha 29 de abril de 2015, lo cual no cabe en derecho, por cuanto, el art. 164 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que establece que las pruebas para que sean apreciadas deben solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos legales, lo cual la parte demandada si lo efectuó, pruebas que no han sido objetadas. Que esas pruebas debieron ser apreciadas con las reglas de la sana crítica, para preferir aquellas que a juicio del juzgador tienen más credibilidad sobre el objeto del juicio, operación que se realiza con el acervo de experiencia. Que el acta de entrega recepción definitiva fue suscrita por el contratista y por delegados de la contratante, conforme lo señalado en el artículo 125 del Reglamento a la LOSNCP. Que las obligaciones del ExINAR, se transfirieron al MAGAP, y en cuanto a las entregas recepciones se practicaron informes de liquidación, para determinar valores pendientes de pago. Que la sentencia non hace mención alguna a las demás pruebas presentados por el Ministerio demandado, en especial de dicho informe de liquidación que demuestra la verdadera situación del contrato; que de haberse analizado aquello el Tribunal hubiera hecho control de legalidad conforme ordena el artículo 313 del COGEP, en concordancia con los artículos 160, 161, 164,91 y 92 del COGEP.

Que, con dicho informe se llegó a determinar que existen valores por \$17,90 que no han sido considerados por multas impuestas al contratista; y de \$23.053,17 por amortización que se debe efectuar; y que a esto se agregan \$23.053,17 relativos a amortización del anticipo entregado.

Que, el artículo 91 del COGEP establece que el juzgador debe corregir los errores u omisiones sobre puntos en derecho en que incurran las partes, sin que puedan otorgar o declarar mayores o diferentes derechos de los

pretendidos ni fundar su decisión en hechos distintos; sin embargo, el Tribunal, ^a resolvió concediendo más de lo constante en el proceso y de olas pruebas existentes en el mismo, sin un análisis prolijo y enmarcado en derecho°.

Que el artículo 92 del COGEP, ordena que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso°. Que, analizada la actuación del Tribunal de instancia en la valoración de las pruebas, estiman que existe argumentos suficientes para casar la sentencia. Por no haberse aplicado los preceptos relativos a la valoración de la prueba.

7.1.2 La causal cuarta contenida en el artículo 268 del COGEP, establece como casos en los que opera la casación, la ^a Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto°.

La causal denunciada como vicio afectador de la legalidad de la sentencia recurrida, se refiere a la llamada violación indirecta de norma sustantiva, la cual se produce por efecto de la infracción de preceptos que dicen relación a la valoración de la prueba. En efecto la causal tiene elementos complejos que combinan, inicialmente, por la violación de preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba; es decir, de normas procesales; los que, cuando su presencia ha sido evidenciada por el juzgador, de ^a rebote o por carambola°, esto es, vulneran normas jurídicas sustantivas, sea que se haya generado una equivocada aplicación o la no aplicación de éstas.

Es por esta razón que el recurrente tiene que fundamentar y justificar, en su recurso, cuál es él o los, preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba que han sido violados por el Tribunal Distrital y cómo dicho error, ha sido medio para producir la vulneración de norma sustantiva.

Este Tribunal de Casación en diversas sentencias ha manifestado que para que prospere esta causal el recurrente tiene: *“ i) que identificar la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital infringió el ordenamiento jurídico; ii) que se indique las normas procesales que se estima infringidas; iii) que se demuestre cómo el Tribunal incurrió en la infracción; iv) se señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente y la manera en que esto último se ha producido°.* (Resolución No. 190-2015 de 29 de mayo de 2015, recurso de casación 235-2011; Resolución No. 56-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 542-2011; Resolución No. 53-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 308-2010).

La doctrina, respecto de las potenciales vulneraciones de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, ha señalado que en el Ecuador no opera el sistema de valoración de la prueba relativo al de errores de hecho, ya que, en materia de casación se adoptó, diremos, tanto en la Ley de Casación como en el COGEP, el sistema puro que opera cuando la legislación se encarga de regular el valor de las pruebas que pueden ser solicitadas, practicadas y admitidas en un proceso judicial; por manera que, es la violación de estas normas las que pueden incurrir en los modos de infracción que trae la causal (Ver: *La Casación Civil en el Ecuador. Santiago Andrade. 2005. UASB. Pág. 150 a 152*); siendo, la primera parte de la causal, una violación directa de esos preceptos jurídicos de orden instrumental; las que, de modo indirecto, conducen a la violación de norma sustantiva, sea por equivocada aplicación o inaplicación de normas jurídicas materiales. Ello hace concluir dice

la cita, que, para que la causal sea viable es necesario que exista ^a expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba°.

7.1.3 Para determinar si en el caso se han cumplido estas exigencias de fondo recomendadas por los precedentes señalados, se tiene que, el casacionista, tanto en su escrito de interposición como en la sustentación oral realizada en la audiencia:

a) Determina que en la sentencia interpelada no se ha dado valor probatorio al informe de liquidación suscrito por el ingeniero Sebastián Quijía emitido el 4 de diciembre de 2015, ni a los informes económicos de pago, ya que solo se ha considerado el acta de entrega recepción definitiva del objeto del contrato suscrito entre César Augusto Aguirre Arias el Ministerio de Agricultura y Ganadería, acta suscrita entre los co-contratantes de conformidad al artículo 125 del Reglamento a la LOSNCP. Es decir, deja establecida las pruebas, respecto de las cuales se habría producido la infracción.

b) Afirma que las normas procesales que han sido infringidas con relación a esas pruebas, por falta de aplicación, están contenidas en los artículos 160, 161, 164, 169, 90 y 91 del COGEP; lo cual ha generado la inaplicación de los artículos 76.1.4 y, 82 de la Constitución, así como el artículo 277 del Código Orgánico de la Función Judicial.

c) Al sustentar su recurso el casacionista se limita a expresar que las pruebas a las que se refiere son: el informe suscrito por el ingeniero Sebastián Quijía emitido el 4 de diciembre de 2015 y, los informes económicos de pago, argumentando en el sentido de que estas pruebas no han sido valoradas por el Tribunal de instancia, el cual ha valorado solo el acta de entrega recepción definitiva, cuando el artículo 164 del COGEP establece que, para que las pruebas sean apreciadas, deben solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos legales y que, eso ocurrió con los informes indicados, los que debieron ser analizados en función de las reglas de la sana crítica, ya que en ese informe se estableció la existencia de diferencias a favor de la entidad. Que el artículo 91 del COGEP establece que el juzgador debe corregir los errores u omisiones sobre puntos en derecho en que incurran las partes, sin que puedan otorgar o declarar mayores o diferentes derechos de los pretendidos ni fundar su decisión en hechos distintos; sin embargo, el Tribunal, ^a resolvió concediendo más de lo constante en el proceso y de las pruebas existentes en el mismo, sin un análisis prolijo y enmarcado en derecho°. Que el artículo 92 del COGEP, ordena que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso y resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.

Sobre estos aspectos es necesario estimar que en ninguno de los argumentos del casacionista determina la clase de prueba a la que pertenecen los informes que refiere como no valorados; las que al parecer son de orden documental, razón por la que su obligación era la de determinar las normas legales que trae el propio COGEP con relación a esta clase de pruebas, no señala tampoco cuáles son las exigencias jurídicas que regulan esa clase de pruebas y las exigencias que deben cumplirse para su adecuada valoración.

Es claro asimismo que no hace argumentación alguna respecto de los artículos 160, 161 y 169 del COGEP que denunció como infringidos, por lo que no cabe pronunciamiento sobre ellos ni tampoco argumenta sobre la falta de aplicación de los artículos 76.1.4, y, artículo 82 de la Constitución, así como el artículo 277 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, sobre los artículos 91 y 92 del COGEP, se limita a exponer su texto;

llegando incluso (sobre el art. 91), a sostener que en el caso se ha producido el defecto de conceder, en la sentencia más de lo constante en el proceso y las pruebas, argumento que sin duda no corresponde a la naturaleza jurídica de esta causal, sino a la contenida en la causal tercera del COGEP, ya que se está alegando el vicio de plus o ultra petita.

Lo expuesto, determina que, en el caso, la entidad casacionista no ha cumplido con su obligación de sustentar la violación de norma procesal alguna, ya que no ha explicado de qué manera el Tribunal de instancia al expedir la sentencia atacada, ha incurrido en la infracción denunciada; sin que por tanto haya cumplido esta obligación de fondo que debe constar tanto en el manifiesto escrito de interposición del recurso de casación como en la sustentación oral.

d) Establecido, en el literal precedente, que no se ha explicado la forma, el modo en que se habrían producido las violaciones a preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que constituye elemento indispensable para que el casacionista pueda sustentar que este hecho ha conducido al juzgador a violar de modo indirecto normas jurídicas de orden material, como exige la causal, es claro que al no estar presente esta primera exigencia del vicio, excluye toda posibilidad de que pueda analizarse la segunda exigencia que trae la causal; más aun cuando en el presente caso el casacionista no siquiera hace relación a la violación indirecta de norma sustantiva. Razones, las expuesto que determinan la improcedencia del recurso por este extremo.

7.2 RECURSO INTERPUESTO POR PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.

7.2.1 Sobre la causal quinta: Afirma el recurrente que la sentencia que reprocha infraccionó por indebida aplicación los artículos 124 y 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC). Que al tiempo de la suscripción del contrato estuvo vigente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en su artículo 65, al igual que en el artículo 306.3 del COGEP, se establecía que el tiempo para la presentación de la demanda será de 5 años, sin que se establezca a partir de qué fecha debe contarse ese tiempo; que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 125 del Reglamento a la LOSNC, al estimar que ese plazo debe contarse a partir de la fecha en que se ha suscrito la entrega recepción definitiva de la obra.

Que, el contrato ha sido suscrito el 18 de diciembre de 2008, que es a partir del 1 de agosto de 2012 el contratista presenta al Supervisor del contrato las planillas 5,6,7,8,9,10 y 11; así como la de costo más porcentaje, requiriendo su desembolso; si se contabilizan los cinco años a partir de la presentación de la tercera planilla el actor tenía hasta el año 2016 para demandar el pago de esas planillas; por lo que, al aplicarse indebidamente los artículos 124 y 125, denunciados como infringidos, el Tribunal ha sustentado su criterio en el sentido de que el plazo de caducidad se cuenta a partir de la suscripción del acta entrega recepción definitiva de la obra.

7.2.2 La causal quinta prevista en el artículo 268 del COGEP, trae como vicios que puede generar la casación de una sentencia:

^aCuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto^o

La causal refiere violaciones de normas de orden sustantivo incluidos los precedentes jurisprudenciales, parte de

la obvia consideración de que los hechos sobre los que versa el proceso judicial y que han sido establecidos por el juzgador en la sentencia recurrida, son los que corresponden a la verdad material desentrañada de la valoración probatoria efectuada; hechos sobre los cuales las partes están de acuerdo.

De los tres modos probables de infracción que trae la norma el casacionista ha señalado que en la sentencia recurrida se ha producido el vicio de indebida aplicación de los artículos 124 y 125 del Reglamento de la LOSNCP.

La indebida aplicación, como modo de infracción se presenta cuando el juzgador yerra al utilizar una norma jurídica a la que estima pertinente de aplicación a los hechos, cuando en realidad esa disposición no es la llamada a solucionar al problema jurídico que corresponde al juicio; es decir, en la sentencia se aplica a los hechos la norma que no corresponde.

7.2.3 Las normas que el recurrente afirma han sido infringidas ordenan:

Art. 124.- Contenido de las actas.- Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.

Art. 125.- Liquidación del contrato.- En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.

Como ha quedado establecido, el casacionista sustenta que tanto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a su tiempo, como en el artículo 306.3 del COGEP, se establece que el tiempo para presentar la demanda en controversias derivadas de la contratación pública es de cinco años y que los juzgadores han contabilizado este tiempo desde la suscripción del acta de entrega recepción definitiva del contrato, cuando ese conteo debió hacerse desde la presentación de la tercera planilla el actor tenía hasta el año 2016 para demandar el pago de esas planillas.

Como puede observarse el argumento del actor se refiere en realidad a los hechos establecidos por el juzgador, los cuales, al proponer el recurso sobre esta causal se entienden aceptados por las partes, sobre ellos no hay cuestionamiento y no pueden ser motivo de reexamen por el Juez de Casación. En efecto, si el casacionista

estimaba la existencia de vicios relacionados con los hechos o con la valoración de las pruebas, son en realidad otras causales contenidas en el artículo 268 del COGEP las que debían ser denunciadas.

De otra parte, es evidente que los artículos 124 y 125 del Reglamento a la LOSNCP, son normas que instrumentan el contenido de las actas de entrega recepción como la liquidación de los contratos sometidos a ese régimen; sin que se haya sustentado la forma en que la sentencia los habría infringido. La sentencia con relación a estas normas se ha pronunciado en el sentido de que: "Revisada esta acta, la misma cumple con los requisitos que de acuerdo al artículo 124 del Reglamento a la LOSNCP debe contener, y adicionalmente, la misma no ha sido objetada ni impugnada"; es sobre este aspecto que el casacionista debió sustentar el recurso para demostrar la indebida aplicación de esta norma por parte del Tribunal, lo cual no ocurre.

Sobre el artículo 125 en la sentencia se transcribe la norma y el Tribunal señala que el acta de entrega recepción definitiva ha sido suscrita el 29 de abril de 2015, determinando que los valores pendientes de pago debían pagarse hasta "el 14 de mayo del mismo año; como no lo ha hecho, corresponde el pago de los intereses que deben calcularse desde el 15 de mayo de 2015 hasta la fecha efectiva del pago". Por manera que tampoco existe sustento alguno sobre la indebida aplicación de la norma, la cual refiere al contenido del acta, la cual establece hechos reconocidos por las partes.

En suma, la fundamentación del recurso, con respecto a esta causa es deficiente, tanto en el manifiesto escrito como en la sustentación oral pronunciada en la audiencia. Por lo que la improcedencia del recurso viene de suyo.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y por el Ministerio de Agricultura y Ganadería; en consecuencia, **NO CASA**, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, el 6 de agosto de 2019, las 12h33.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

157537390-DFE

Juicio No. 17811-2018-00944

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 2 de septiembre del 2021, las 11h59. **VISTOS:**

a) Con escrito presentado el 20 de julio de 2021, el Director de Patrocinio del Ministerio de Agricultura y Ganadería, solicitó ampliación de la sentencia emitida en la presente causa, señalando: <<(1/4) solicito (1/4) se digno ampliar la sentencia emitida (1/4) dentro de la misma se hace alusión y se ha incorporado lo constante en el numeral 6 que trata respecto de la Decisión del Tribunal de Instancia, en la cual al referirse al Acta de Entrega Recepción Definitiva de la Obra que ha sido suscrita el 29 de abril de 2015, en una de sus partes se indica: " (1/4) Revisada esta acta, la misma cumple con los requisitos que de acuerdo al artículo 124 del Reglamento a la LOSNCP debe contener, y adicionalmente, la misma no ha sido objetada ni impugnada por ninguna de las partes, más aún, la misma fue producida como prueba en la audiencia de juicio tanto por el actor como por la parte demandada, por lo que goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad conforme a lo previsto en el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos (1/4)° Al considerarse que el Acta de Entrega Recepción Definitiva de la Obra, cumpliría con los requisitos y formalidades de ley, solicito muy comedidamente que sobre el presente aspecto se digno ampliar la misma en el sentido siguiente: Si desde que se ha efectuado el presente instrumento jurídico (Acta de Entrega Recepción Definitiva de la Obra), esto es el 29 de abril del año 2015, desde esa fecha se tendrá en cuenta para contabilizar el plazo de tiempo para que el actor del proceso haya podido entablar la acción judicial acorde a lo que establece el Artículo 306 numeral 3 del COGEP que textualmente dice: " (1/4) 3 En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.° (1/4)>>.

b) Con auto de 26 de julio de 2021, el Juez ponente corrió traslado a las partes para que se pronuncien sobre el referido pedido en el término de 48 horas.

c) El actor, señor César Augusto Aguirre Arias, mediante escrito presentado el 28 de julio de 2021 señala: " La sentencia dictada dentro de esta causa es clara y ha resultado los puntos sobre la Litis, por tanto no existe nada que ampliar (...) solicito se sirva rechazar el recurso de ampliación interpuesto por improcedente y por tratar de retardar la Litis (1/4)° . A fin de resolver sobre el referido recurso horizontal se considera: El artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos señala: " (1/4) La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas° . Con respecto a la solicitud de ampliación presentada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, la pretensión de dicha solicitud no solo devela la

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
PATRICIO
ADOLFO
SECARA
DURANGO
C=EC
L=QUITO
CI
0200419075

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

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

inconformidad del peticionario con la motivación de la sentencia dictada en la presente causa, sino que además queda evidenciada su intención de modificar y alterar la misma a través de un recurso horizontal, lo que está prohibido por la ley, a pesar de lo cual se debe señalar que en el numeral 6 de la sentencia dictada el día 14 de julio de 2021, las 12h49, este Tribunal de Casación ha citado la parte considerativa de la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, es decir que las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal del instancia han sido transcritas en el considerando 6 de la sentencia de casación, no obstante el análisis y la decisión de este Tribunal de Casación sobre el recurso propuesto por el Ministerio de Agricultura y Ganadería consta en el considerando séptimo de la sentencia, siendo necesario resaltar que este Tribunal de Casación está vedado de realizar una nueva valoración de las pruebas, por cuanto la valoración de pruebas es una competencia exclusiva de los Tribunales Distritales, consecuentemente esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo resolvió la improcedencia del recurso propuesto por el peticionario, sin que se haya referido de forma alguna a la prueba *“Acta de Entrega Recepción Definitiva de la Obra”* que mediante recurso de ampliación el peticionario pretende se valore. Dicho esto, cabe señalar que en la sentencia dictada por esta Sala Especializada constan los motivos jurídicos por los cuales se arribó a la citada resolución, se enuncian las normas jurídicas que sirvieron de fundamento para la emisión del fallo y se explica la pertinencia de su aplicación al caso concreto.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de ampliación presentada el Ministerio de Agricultura y Ganadería.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

RESOLUCION No. 560-2021



153904857-DFE

Juicio No. 17811-2018-01057

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 15 de julio del 2021, las 09h48. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **b)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021; **c)** Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional; **d)** Mediante el sorteo pertinente, la presente causa signada con el No. 17811-2018-01057, ha sido asignada a esta Sala Especializada; **e)** El Juez Nacional, Fabián Racines Garrido, mediante Oficio S/N presentó su excusa para conocer y resolver el proceso fundamentado en el artículo 22 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos; **f)** Mediante auto de 21 de junio de 2021, los doctores Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño, resolvieron aceptar la referida excusa y dispusieron se remita el expediente para sorteo de un Conjuez que actúe en reemplazo del Juez que se excusó; **g)** Mediante sorteo de 29 de junio de 2021 se designa a la Dra. Hipatia Ortiz Vargas para que actúe en reemplazo del Juez Nacional, Fabián Racines Garrido; en tal virtud avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

SEGUNDO: ANTECEDENTES: 2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia, dentro de la causa signada con el No. **17811-2018-01057**, el 3 de enero de 2020, promovido por la CORPORACIÓN NACIONAL DE

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

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIPATIA SUSANA
ORTIZ VARGAS
C = EC
L = QUITO
CI
1709088569

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

TELECOMUNICACIONES por medio de su procurador judicial, Dr. Luis Fernando Borrero, en contra de la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES y del PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, en la cual se ha decidido aceptar parcialmente la demanda, se declara nulo el acto administrativo contenido en la Resolución ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018, y en consecuencia se dispone a la entidad demandada tramitar el reclamo administrativo interpuesto por la actora dentro del término legal y que una vez resuelto el recurso se informe al Tribunal sobre lo resuelto en un término no mayor a 48 horas.

2.2.- RECURSO: La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, parte demandada en el juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de dicha decisión judicial, sustentada en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; por estimar que el fallo se encuentra viciado por errónea interpretación del segundo inciso del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3. ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 12 de junio de 2020, las 13h19, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP. Corresponde señalar que, en la audiencia de sustentación del recurso de casación, realizada conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, intervinieron las partes procesales haciendo sus exposiciones, la recurrente, sustentado su recurso y la otra parte ejerciendo su derecho de contradicción; diligencia en la que se generó el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo sustancial la defensa del derecho objetivo y su correcta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia, es por ello que el recurso ataca las sentencias o autos definitivos que ponen fin al proceso judicial. La defensa del rigor de la norma jurídica, orientada a evitar y proscribir la arbitrariedad, por su inadecuado uso por parte de los órganos jurisdiccionales; esto es, la denominada NOMOFILAQUIA, es competencia de la Corte Nacional de Justicia que la ejerce por medio de sus Salas Especializadas; es por ello que, siendo un recurso extraordinario, su

propósito no es la administración de justicia respecto de las posiciones procesales que tienen las partes que integran un juicio, ya que ello es una competencia privativa de los juzgados, cortes y tribunales de instancia. Su finalidad es el control jurisdiccional de los pronunciamientos de cortes provinciales y tribunales distritales, a fin de que pueda uniformar la jurisprudencia, brindando la seguridad jurídica que requiere la sociedad.

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

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

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

***SEXTO:** El thema decidendum dentro de la presente causa se contrae a establecer si existe ilegalidad o no en el acto administrativo contenido en la Resolución ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018, por el cual el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones declaró extinguido el reclamo administrativo interpuesto por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, respecto de la Resolución ARCOTEL-2017-1031 de 26 de octubre de 2017, por el cual se expidió el "Procedimiento para Ejecutar la Transferencia al Estado de Saldos Remanentes de Recargas en los Planes Tarifarios (PREPAGO Y POSPAGO) de los Abonados y Clientes del Servicio Móvil Avanzado que no han solicitado su devolución, en aplicación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones."*; y en consecuencia, se acepte el reclamo administrativo interpuesto, dejando sin efecto el cobro de los intereses de los saldos remanentes que requiere ARCOTEL desde enero del año 2012, así como también dejar sin efecto los avisos de cobro notificados mediante los Oficios Nos. ARCOTEL-CADF-2017-0138-OF y ARCOTEL-CADF-2017-0140-0F de 10 y 15 de noviembre de 2017, respectivamente; ordenando la restitución inmediata a CNT EP del valor de USD 51.226,87, consignados por dicha entidad.- **SÉPTIMO:** Entre los problemas jurídicos a ser resueltos

por parte de este Tribunal están que ARCOTEL debió haber resuelto de manera motivada el reclamo administrativo interpuesto por parte de CNT EP respecto de la Resolución ARCOTEL-2017-1031 de 26 de octubre de 2017; y no solventar como extinguido aplicando el artículo 300 del COGEP, por cuanto el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., habría presentado querrela judicial en contra de la hoy demanda y por el mismo acto administrativo en cuestión el mismo ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil, signado con el No. 09802-2018-00025; pues a más de coartarse su posibilidad de impugnar el acto administrativo en sede administrativa, por tratarse de una entidad distinta a CONECEL S.A., los intereses calculados en base a esa norma resultarían ilegales y retroactivos al efectúaselos desde enero del año 2012, pues habría existido moratoria regulatoria por parte de ARCOTEL para haber expedido dicha norma secundaria, violándose los principio de legalidad, debido proceso, seguridad jurídica, motivación, de progresividad de la Ley e irretroactividad.-

OCTAVO: Es en este marco entonces que el Tribunal realiza su análisis con relación a los hechos expuestos así como a las pruebas aportadas por las partes procesales: 8.1. Como hecho probado se tiene efectivamente que la entidad demandada, mediante el acto administrativo impugnado, esto es, la Resolución ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018, declaró extinguido el reclamo administrativo interpuesto por la COROPORACIÓN (sic) NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con fundamento en el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, por supuestamente haberse configurado el presupuesto fáctico establecido en dicha norma, toda vez que dicho acto administrativo, el contenido en la Resolución No. ARCOTEL-2018-0352, fue impugnado en sede judicial por parte de CONECEL S.A., tal y como se desprende de los considerandos de dicho acto constantes de fojas 24 a 27 del proceso.- 8.2. El segundo inciso del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos señala: "Art. 300.-¼Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas."- 8.3. Ahora bien, respecto del texto anteriormente transcrito y que fue aplicado por la entidad hoy demandada bajo su criterio, con la cual habría resuelto declarar extinguido el reclamo administrativo presentado por CNT EP sobre la impugnación de la Resolución ARCOTEL-2017-1031 de 26 de octubre de 2017, el Tribunal aprecia una aplicación errónea de dicha norma por parte de ARCOTEL, puesto que la norma establecida en el artículo 300 del COGEP en el contexto del ordenamiento jurídico, como debe ser apreciada una norma de derecho, si bien prevé que la presentación de una acción contencioso administrativa extingue

la presentación de un reclamo administrativo, dicho efecto debe entenderse que opera cuando quien ha presentado un reclamo en sede administrativa y posteriormente la misma ha presentado una acción judicial, ha renunciado a la primera, ello ya que se entiende que al judicializar su inconformidad con el acto impugnado, renuncia a la prosecución de dicho reclamo en la esfera administrativa, entendiéndose ello siempre y cuando sea la misma persona que lo hizo inicialmente en sede administrativa.- Al haber resuelto la extinción del reclamo administrativo en los términos como lo hizo la entidad demandada, esto es, por haberse presentado querrela con identidad objetiva del acto impugnado en la ciudad de Guayaquil pero de otra persona (CONECEL), afecta sin duda el derecho al debido proceso de la hoy actora para haber impugnado el acto administrativo en sede administrativa, limitándosele su derecho a agotar la vía administrativa por la vía de la impugnación que de ninguna manera podía ser así por el solo hecho de haberse presentado una impugnación al mismo acto en la ciudad de Guayaquil ante los Tribunales Distritales con sede en dicha ciudades, ya que no necesariamente los motivos que impulsaron a la persona jurídica a judicializar dicho acto son los mismos que sirvieron para hacerlo por parte de la hoy actora en sede administrativa.- 8.4. Por lo expuesto, la interpretación y decisión contenida en Resolución ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018, resulta contraria a derecho, ya que con la misma vulneró no solo el derecho al debido proceso sino a también el derecho del actor a la tutela administrativa.- En la especie, en criterio del Tribunal, lo que debió haber procedido en el presente caso por parte de la administración demandada, era un pronunciamiento de fondo respecto del trámite de la reclamación administrativa planteada por la actora con relación directa a las pretensiones por él interpuestas en su escrito de reclamo de 19 de enero de 2018, sobre la base de un análisis jurídico de fondo.- Al no ser este el caso, este Tribunal se encuentra impedido de analizar la procedencia de las demás pretensiones procesales, esto es, aceptar el reclamo administrativo respecto de la Resolución ARCOTEL-2017-1031 de 26 de octubre de 2017, por el cual se expidió el "Procedimiento para Ejecutar la Transferencia al Estado de Saldos Remanentes de Recargas en los Planes Tarifarios (PREPAGO Y POSPAGO) de los Abonados y Clientes del Servicio Móvil Avanzado que no han solicitado su devolución, en aplicación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones." ; así como dejar sin efecto el cobro de los intereses de los saldos remanentes que requiere ARCOTEL desde enero del año 2012, así como también dejar sin efecto los avisos de cobro notificados mediante los Oficios Nos. ARCOTEL-CADF-2017-0138-OF y ARCOTEL-CADF-2017-0140-OF de 10 y 15 de noviembre de 2017, respectivamente; ordenando la restitución inmediata a CNT EP del valor de USD 51.226,87, consignados por dicha entidad, toda vez que no se conoce el criterio de la

entidad demandada y con ello efectuar un pronunciamiento adecuado entono a las mismas y decidir si era procedente o no la valoración de dichos argumentos.- 8.5. Es así entonces que si bien el Tribunal ha detectado el vicio de nulidad del acto administrativo, debido a la vulneración al debido proceso en la que ha incurrido la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES en la emisión del acto administrativo impugnado, esto es, la Resolución ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018, ya que al negarse a tramitar el reclamo administrativo de 19 de enero de 2018, arguyendo que se ha extinguido el reclamo administrativo de CNT EP bajo los términos interpretativos erróneos que dio al artículo 300 del COGEP, conforme lo analizado, ARCOTEL no ha emitido pronunciado alguno de fondo sobre el reclamo administrativo interpuesto por la hoy accionante, el cual debió hacérselo, siendo que entonces con este accionar el acto emitido por la entidad demandada ha incurrido en el vicio de nulidad al violentar el debido proceso en la instancia administrativa que debió resolver el reclamo administrativo interpuesto por CNT EP, hecho aquel que impide al Tribunal revisar la procedencia o no de las de más pretensiones procesales, ya que no corresponde a este Tribunal invadir esferas de competencia de otros poderes del Estado y entrar a analizar si es o no procedente el reclamo interpuesto por la accionante entorno la Resolución ARCOTEL-2017-1031 de 26 de octubre de 2017, correspondiendo entonces a este Tribunal únicamente ordenar que la administración demandada proceda a resolver motivadamente el asunto sometido a su conocimiento en aras no solo de garantizar la tutela judicial efectiva de quienes acuden a la jurisdicción contencioso administrativo sino en función de la prerrogativa de la cual goza dicha jurisdicción en su potestad de restablecer (sic) un derecho desconocido (¼)

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

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

^a el Tribunal sustenta su sentencia en lo dispuesto en el (¼) segundo inciso del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos (¼) el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, regula en general, que la interposición de una acción judicial, extingue cualquier reclamo administrativo que se haya presentado por cualquier persona, aún, con efecto de extinguir a todos aquellos trámites presentados que sobre el mismo punto se hayan interpuesto; considerando que, al tenor literal de lo dispuesto en la norma y en su sentido

obvio; pues, si el legislador hubiera querido limitar la extinción, el texto de la norma sería en ese sentido, que la extinción únicamente se da, cuando el mismo reclamante administrativo, es quien interpone la acción, no extinguiendo por tanto, a los demás reclamantes. (¼) El Tribunal A Quo, debió interpretar esta norma, en el sentido literal y obvio, de la siguiente manera: Se ha visto dentro de este proceso judicial, en los antecedentes propios de la emisión regulatoria del Estado; que a través de la Resolución No. TEL-01-01-CONATEL-2012, se vinculó a la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, en el tema regulatorio expedido por el entonces Consejo Nacional de Telecomunicaciones; en donde, interpretando un contrato de concesión (CONECEL S.A y OTECEL S.A.). De esta manera, vinculado el actor de este proceso, también se puede advertir por probado, que fue el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, quien a través del abogado Teodoro Maldonado, a nombre de su representada, entre otras, propuso ciertos reparos a la regulación dictada, que incluso le permitieron exponer los puntos de vista de la operadora en la Sesión No. 4 del año 2012 del entonces Consejo Nacional de Telecomunicaciones. Intervenciones por escrito también de la otra operadora del servicio móvil avanzado, a saber: OTECEL S.A. De esta manera, se estableció el "alcance" de la interpretación realizada con la Resolución No. TEL-01-01-CONATEL-2012, a través de la Resolución No. TEL-069-04-CONATEL-2012, de 12 de febrero de 2012; lo que nos demuestra que, sin la intervención oral o por escrito de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, un acto regulatorio fue modificado por las intervenciones de las otras operadoras del servicio que también mantiene CNT EP; que nos permite determinar que, al "impugnar" un acto normativo, existe la posibilidad de modificarse la decisión de la Administración Pública, vinculando a todo el universo de prestadores del servicio.

(¼) incluso la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, ha hecho constar en su acto de proposición y como prueba a su favor que obra del expediente, copia de la sentencia dictada en la causa 09802-2018-00025, seguida por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones, de la cual, se puede observar que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, declaró la ilegalidad de la Resolución No. ARCOTEL-2017-1031; que a su decir, no se estableció el alcance de tal declaratoria, a saber: solo a CONECEL S.A. por ser la actora del proceso, o, al resto de operadoras, por cuanto, y conforme lo reconoce la proponente de este juicio, Resolución del "PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA TRANSFERENCIA AL ESTADO, DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS EN LOS PLANES TARIFARIOS (PREPAGO Y POSPAGO) DE LOS ABONADOS Y CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO QUE NO HAN

SOLICITADO SU DEVOLUCIÓN, EN APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN GENERAL TERCERA DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES°, es un acto normativo y no un acto administrativo de efectos individuales.

Grave situación en la que ha incurrido el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil; pues siendo un acto normativo, al declararle la ilegalidad, debe dar alcance de tal declaratoria, que permita al resto del universo de prestadores, tener la certeza del actuar de la Administración Pública.

No obstante lo indicado, debemos verificar que, al interponerse, por un lado, un reclamo administrativo (CNT EP); y por otro, una acción judicial subjetiva (CONECEL S.A), sobre el mismo acto normativo que les incumbe en la prestación del servicio, tenemos la posibilidad de tener dos pronunciamientos distintos, sean concordantes o discordantes. Teniendo el reclamo administrativo la posibilidad de impugnar judicialmente, es decir; una situación adicional para hacer valer sus derechos subjetivos presuntamente violados, la sentencia por su parte, cuando cumpla los requisitos para su ejecutoría, es el cumplimiento inmediato por parte de la Administración Pública, cuando sea desfavorable a sus intereses, por lo que, sin menospreciar a la decisión del funcionario público, la decisión judicial tendrá un mayor peso para su cumplimiento; pues, no hacerlo, acarrearía incluso una materia penal, infracción donde se pone en conflicto uno de los más grandes derechos del ser humano: la libertad.

De esta manera, establecido el alcance del acto normativo frente a un acto administrativo; y la decisión de declararlo ilegal- que no dio el juzgador -, podemos verificar que el artículo 300 del Código orgánico General de Procesos, es muy claro al determinar su ámbito; al tenor literal de su texto y en la obviedad de su redacción, pues, al haberse colocado en la técnica legislativa la no determinación de un sujeto activo del reclamo administrativo, sino, la indeterminación de ^a cualquier reclamo°, debería estar claro para esta Administración de Justicia que, al tratarse la intención ^a reclamar°, no está dado a actos administrativos de efectos directos e individuales; sino, a actos normativos; pues así lo deja claro el propio artículo 340 del Código Orgánico Administrativo; en donde se establece un término superior a los recursos de apelación y extraordinario de revisión. (¼) En consecuencia, el reclamo administrativo puede extinguirse cuando, el mismo proponente del reclamo o un tercero a quién también le afecta un acto normativo, interponga un recurso judicial que, al momento de decidir la Administración de Justicia, debe determinar el alcance de su decisión cuando sea de nulidad o ilegalidad; pues, la afectación dada al acto normativo, debe inexorablemente acarrear al universo que regula dicho acto normativo inferior a la ley. (¼)

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

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

Es por ello que la fundamentación del recurso cuando se alega este modo de infracción debe determinar con claridad y precisión en qué parte del fallo recurrido, el juzgador de instancia usó la norma jurídica potencialmente infringida, cuál es la interpretación que de ella hizo el Juez, identificando qué método interpretativo ha sido usado por éste; para luego de este ejercicio, establecer cómo debió interpretarse la norma jurídica infringida, qué método debió usarse para ese objeto en lugar del utilizado por el juzgador.

Murcia Ballén al respecto enseña que:

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

7.3 El artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos en su segundo inciso ordena:

^a Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas°.

CNT EP en el proceso de instancia, ataca la ilegalidad del acto administrativo contenido en la Resolución ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018, por el cual, la entidad demandada, ARCOTEL, declara extinguido el reclamo administrativo propuesto por la actora, en contra de la resolución ARCOTEL-2017-1031 de 26 de octubre de 2017, por la cual se expidió el ^a Procedimiento para ejecutar la Transferencia al Estado, de saldos remanentes de recargas en los planes tarifarios (prepagado y pospagado) de los abonados y clientes del servicio móvil avanzado que no han solicitado su devolución en aplicación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones°; decisión que ha sido adoptada en aplicación de lo que dispone el artículo 300 del COGEP.

En la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia, estableció que efectivamente en el acto administrativo impugnado por CNT, la entidad demandada, declaró extinguido su reclamo administrativo aplicando la norma legal señalada, al considerar que la empresa CONECEL S.A. ha impugnado ese mismo acto administrativo (ARCOTEL-2018-0352 de 17 de abril de 2018), por lo que esa administración pública aplica el mencionado Art. 300 del COGEP y declara extinguido el reclamo formulado por CNT. Al respecto el Tribunal estimó que esta norma es aplicable para el caso en que la persona que ha formulado reclamo administrativo, respecto de los mismos hechos que lo impulsaron, ha planteado acción contencioso administrativa por vía jurisdiccional, lo cual se entiende como una renuncia a la sede administrativa; por lo que la formulación de dicha acción por parte de CONECEL S.A., no puede afectar los derechos de CNT EP, en razón de lo cual se declara la ilegalidad de la resolución impugnada.

El casacionista afirma que, en el caso, el Tribunal de instancia, hizo una interpretación errónea del segundo inciso del artículo 300 del COGEP, que ha sido transcrito, cuando debió hacer una interpretación en el sentido literal y obvio de la norma, caso en el cual es evidente que el Tribunal habría estimado que el artículo infringido determinaba la extinción de todo reclamo administrativo incluido el presentado por la administrada CNT.

No obstante, es de absoluta claridad que el alcance que el Tribunal de instancia a entregado a la disposición del segundo inciso del artículo 300 del COGEP, corresponde al que gramaticalmente estructura esa norma, ya que su propósito es evitar que exista contraposición entre lo que pueda decidir la Administración respecto del reclamo administrativo formulado por un sujeto pasivo de su

procedimiento que pretende reivindicar derechos de orden subjetivo; frente a la acción contencioso administrativa que la misma persona, ahora como legitimario activo del proceso judicial, ha formulado para reclamar esos mismos derechos subjetivos.

Los derechos subjetivos de los sujetos pasivos del procedimiento administrativo son de orden personal y por tanto plenamente identificables, sin que puedan confundirse con otros, a menos de que el acto administrativo que se pretenda debe dictarse haya sido objeto de reclamación de varios sujetos en conjunto, caso en el cual la Administración puede dictar un acto administrativo concreto que involucre a los reclamantes. Lo cual en el caso no ocurre, en razón de que, el acto administrativo recurrido en sede jurisdiccional extingue el reclamo de CNT EP fundado en un reclamo administrativo distinto, presentado por CONECEL S.A., con el cual no tiene relación.

A más de lo dicho es claro que la disposición jurídica denunciada como infringida, pertenece al orden de las normas procesales, encargadas de instrumentar los derechos u obligaciones que se estatuyen en las normas sustantivas. Consecuentemente, tal disposición no podía ser usada en el recurso de casación, para incorporar la infracción usando la causal quinta que dice relación exclusivamente a disposiciones de orden sustantivo.

8.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; consecuentemente, **NO CASA**, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 3 de enero de 2020.- Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA

CONJUEZA NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL



157550098-DFE

Juicio No. 17811-2018-01057

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 2 de septiembre del 2021, las 13h26. **VISTOS:** a) Con escrito presentado el 19 de julio de 2021, el abogado José Miguel Torres Hidalgo, en su calidad de Procurador Judicial de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, solicita aclaración de la sentencia emitida en la presente causa, señalando: <<(1/4) no existe en ninguna parte de su texto, que se haya enunciado ^a 1/4normas o principios jurídicos en que se funda^{1/4}° la resolución del Tribunal de Casación; o que se haya aplicado en una u otra manera el ^a 1/4derecho^{1/4}°, conforme lo manda el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos; tornándose oscura la decisión pues no determina la aplicación de norma alguna. (1/4) solicito aclarar su sentencia, en el sentido de: qué normas son las que aplican para resolver el recurso de casación interpuesto por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (1/4)>>.

b) Con auto de 26 de julio de 2021, se corrió traslado a las partes para que se pronuncien sobre el referido pedido en el término de 48 horas.

c) La actora, Corporación Nacional de Telecomunicaciones, mediante escrito presentado el 28 de julio de 2021 señala: ^a (1/4) toda vez que la Sentencia dictada dentro de la presente acción, es clara y de fácil comprensión y realiza un análisis en base a la realidad procesal y a las normas legales vigentes, rechaza el Recurso de casación interpuesto por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, consecuentemente no CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (1/4)°. Con respecto a la solicitud de aclaración presentada por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se debe precisar que el solicitante pretende que este Tribunal de Casación modifique la sentencia, siendo necesario resaltar que en lo principal dicho fallo ha resuelto rechazar el recurso de casación y no casar la sentencia impugnada por no haberse demostrado el yerro propuesto de conformidad con la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es la errónea interpretación del segundo inciso del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, siendo necesario precisar que este Tribunal de Casación ha señalado las normas que determinan su competencia para conocer y resolver el recurso de casación en el considerando 3 de la sentencia y ha desarrollado su análisis y motivación en el considerando 7 de dicha sentencia. Dicho esto, cabe señalar que en la sentencia dictada por esta Sala Especializada constan los motivos jurídicos por los cuales se arribó a la citada resolución, se enuncian las normas jurídicas que sirvieron de fundamento para la emisión del fallo y se explica la pertinencia de su aplicación al caso concreto. En tal virtud las alegaciones del recurrente son ajenas a

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
PATRICIO
ADOLFO
SECARA
DURANGO
C=EC
L=QUITO
CI
0200419075

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIPATIA SUSANA
ORTIZ VARGAS
C=EC
L=QUITO
CI
1709088569

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

la naturaleza jurídica del recurso horizontal de aclaración y desconocen lo dispuesto en la sentencia de casación que contrario a lo afirmado por el peticionario detalla con claridad y precisión las normas aplicables al caso concreto, sin que amerite aclarar ningún punto del fallo; en consecuencia, resulta improcedente que mediante un recurso horizontal se pretenda modificar o alterar dicho fallo, pues aquello está expresamente prohibido por la ley.

DECISIÓN

Por lo expuesto, se NIEGA la solicitud de aclaración presentada por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA

CONJUEZA NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

JUEZ NACIONAL



153898523-DFE

Juicio No. 17741-2015-0077

JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, JUEZ NACIONAL (E)**(PONENTE)****AUTOR/A: DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, jueves 15 de julio del 2021, las

09h06. **VISTOS: 1.- AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **b)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** El Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17741-2015-0077**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- La Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca expidió sentencia, dentro de la causa signada con el **No. 01802-2013-0130, proceso que en la Corte Nacional tiene el No. 17741-2015-0077** El 23 de octubre de 2014, 8h36, promovido por el ciudadano CARLOS GUILLERMO ÁLVAREZ PAZOS en contra del Director Distrital 2 del Distrito Educativo Intercultural y Bilingüe 01D01 y de los Distritos 01D02, 01D03, 01D04, 01D06 y 01D07 de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, la Rectora de la Unidad Educativa Abelardo Tamariz y de la Procuraduría General del Estado, en la cual se decidió declarar sin lugar la demanda.

2.2.- RECURSO: El señor Carlos Guillermo Álvarez Pazos, parte actora del juicio de instancia, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia ya identificada, fundando el mismo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- ADMISIÓN: La Conjuenza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 20 de mayo de 2016, 10h40, admitió parcialmente el recurso de casación interpuesto, únicamente por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación de los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica de Servicio Público, y del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

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

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

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

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó, principalmente, que: *“DÉCIMA.- Obran de autos: A fojas 14 de los autos la renuncia presentada el 10 de diciembre de 2010, por el ahora accionante, sin señalar que lo hace para acogerse a la indemnización por jubilación. El Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público en su parte final señala: Todos los organismos previstos en el Art. 225 de la Constitución de la República y este artículo, se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos. Por su parte el Art. 225 de la Constitución en su parte pertinente prescribe: El sector público comprende: 1.- Los organismos y dependencias de las funciones: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. En esta categoría está comprendida precisamente la parte accionada; esto es la Dirección Distrital 2 del Distrito Educativo Intercultural Bilingüe 01D01 y de los Distritos 01D02, 01D03, 01D04, 01D06 y 01D07; y, la Unidad Educativa Abelardo Tamariz Crespo, a través de sus Representantes Legales. El Art. 90 de la LOSEP al referirse al Derecho a demandar expresa que en la parte correspondiente que la servidora o servidor público tendrá derecho a demandar el reconocimiento y reparación de los derechos en el término de 90 días. El Art. 91 del mismo cuerpo legal se refiere a la caducidad de derechos, señalando que los derechos a demandar contemplados en esta ley caducarán en el término de noventa días contados desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro término especial para el efecto. El accionante no deduce acción alguna en el término de noventa días contados desde la presentación de su renuncia. Respecto a la indemnización que reclama el accionante, es necesario considerar que si bien el Mandato Constituyente No. 2, se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008; en su Art. 8 se refiere a la indemnización por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro*

*voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; sin embargo en su parte final dice: **Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán planificadamente el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año, debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.** A su vez el Mandato Constituyente No. 4, publicado en el Registro Oficial No. 273 del 14 de febrero de 2008; señala que el Mandato Constituyente No. 2 no altera las normas ya existentes para el cálculo de liquidaciones e indemnizaciones, excepto en aquellas que excedan los montos máximos fijados en el Art. 8 del referido Mandato. Que la contratación colectiva en las entidades detalladas en el Art. 2 del Mandato Constituyente No. 2, al ser un derecho de los trabajadores, no puede generar privilegios y abusos en el pago de indemnizaciones por terminación de las relaciones laborales, en cualquiera de sus formas, que atenten contra la igualdad de los ciudadanos ante la ley y comprometan los recursos públicos económicos del Estado, pertenecientes a todos los ecuatorianos, cuando asume la calidad de empleador. **El Reglamento a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional en el TÍTULO III DE LOS ESTIMULOS en su Art. 115 señala.- Los profesionales de la educación se harán acreedores a los siguientes estímulos: 1. Mención honorífica y una bonificación económica equivalente a dos sueldos básicos del Magisterio por cumplir veinticinco años de servicio. 2. Al profesional de la Educación que se acoja a la jubilación se le otorgará: condecoración al mérito educativo, licencia con sueldo por sesenta días para los trámites correspondientes y una bonificación económica de acuerdo con las siguientes tablas: Valores de estímulos a la jubilación según edad y años de servicio en el magisterio para el año 2008 Valores de estímulos a la jubilación según edad y años de servicio en el magisterio para el año 2009 Valores de estímulos a la jubilación según edad y años de servicio en el magisterio para el año 2010. Por su parte el Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público en su Art. 289 señala: De la compensación por jubilación y retiro obligatorio.- De acuerdo al inciso sexto del artículo 81 de la LOSEP, las y los servidores públicos que lleguen a los 70 años de edad y cumplan con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, obligatoriamente deberán retirarse del servicio público, percibiendo una compensación como incentivo económico por jubilación, previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria. Las y los servidores que se encontraren en las condiciones determinadas en este artículo recibirán de las respectivas UATH una notificación en la que se les indicará que en el plazo de treinta días y contando con la disponibilidad presupuestaria suficiente en la institución, cesarán en sus funciones y serán beneficiarios de un estímulo y compensación económica según la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con el artículo 129 de la misma ley. Cuando las y los servidores, se acogieren a dichos planes, los valores a reconocerse de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP, serán establecidos considerando para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar. **El Estado podrá pagar en bonos dichos beneficios en los siguientes casos: a.- En caso de que la o el servidor se jubile y fuere mayor de 70 años se pagará la totalidad de dichos valores en dinero; b.- Si la o el servidor que se retire o jubile fuere menor de 70 años, y el Estado no contare con los recursos suficientes, podrá pagarse por lo*****

menos el 50% en efectivo y la diferencia en bonos si el Estado no contare con los recursos suficientes. Dichos bonos tendrán un interés y plazo preferenciales y podrán ser negociados libremente. DÉCIMA PRIMERA.- El problema jurídico que se plantea está referido entonces, a la institución del silencio administrativo positivo. En lo que respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, es preciso constatar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales que hacen posible la ejecución del acto administrativo presunto. Estos requisitos son: 1) los requisitos materiales o sustanciales concernientes a que el acto administrativo presunto -derivado del silencio administrativo- sea un acto administrativo regular. Según la doctrina y la legislación comparada, el acto administrativo regular es aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios invaliables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Es decir que respecto de los actos administrativos regulares no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la Ley. En este sentido, no son regulares, por ejemplo, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la Ley^{1/4}

DECIMA SEGUNDA.- El tratadista José Bartra Cavero, en su obra "El Silencio Administrativo" Editorial RODHAS, Pág. 124, señala: "Por el silencio administrativo no puede adquirirse más de lo que podría otorgarse de manera expresa^{1/4}. Pág. 125: "En realidad, esta no es la finalidad con la que se estableció el silencio administrativo. Con ella no se pretende sanear vicios o legitimar actuaciones contrarias a la legalidad. Simplemente responde a la necesidad de dar una mayor agilidad en determinados sectores, evitando los perjuicios derivados de la inactividad formal de la administración. Tampoco es admisible pretender el automatismo radical del silencio positivo, con base en el argumento de que la Administración pudo y debió resolver expresamente antes del transcurso del plazo del silencio positivo". DÉCIMA TERCERA.- **El acto administrativo que impugna el accionante es el contenido en el Oficio s/n de 9 de julio de 2013, suscrito por la Mgs. Yolanda Vivar Morocho, en su calidad de Rectora de la Unidad Educativa Abelardo Tamariz Crespo, comunicación en la que se resuelve no atender su petición, receptada el 28 de junio de 2013 en la que indica que no procede su reclamación respecto del pago de valores económicos por su jubilación. Conviene analizar lo señalado en el Art. 96 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación, vigente a la fecha de presentación de la misma: Son Deberes y atribuciones del Rector: p) Nombrar profesores accidentales sustitutivos; convocar a cursos de merecimientos para llenar las vacantes de profesores, y aceptar las renunciaciones del personal docente, administrativo y de servicio y comunicar a la Dirección Provincial respectiva**^{1/4}. La renuncia se presentó ante autoridad competente. Por su parte el Art. 44 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural señala al tratar sobre las Atribuciones del Director o Rector en su numeral 3. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial del establecimiento. Por lo expuesto se niega la excepción de falta de legítimo contradictor en lo que respecta a la Rectora de la Unidad Educativa accionada y lo referente a la incompetencia de la autoridad ante la que se hizo la petición. DÉCIMA CUARTA^{1/4} Conviene señalar lo manifestado por el tratadista Marco Morales Tobar, en su obra Manual de Derecho Procesal Administrativo, que en la página 319, al referirse a los **Casos de Inaplicabilidad del Efecto Positivo del Silencio Administrativo** por la naturaleza de las pretensiones manifiesta: **Cuando se pretende el**

reconocimiento de un derecho caducado. La renuncia la presenta el ahora accionante el 10 de diciembre de 2010 y la demanda ante esta Sala solicitando se declare a su favor que ha operado el silencio administrativo lo hace en fecha 18 de julio de 2013. Cabe aclarar que no ha operado el silencio administrativo, por cuanto y como lo señala, su petición la presenta el 28 de junio de 2013 y el Oficio que ahora impugna es de fecha 9 de julio de 2013. No siendo necesaria otra consideración, en razón de las constancias procesales; por la innegable vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, al haber operado la caducidad,^{1/4} (Lo resaltado nos corresponde).°.

7.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO:

La admisión parcial del recurso interpuesto por el señor Álvarez Pazos, se sustenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por **errónea interpretación** del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, así como de los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

7.1.- Sobre la errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado:

El casacionista alega que, en la sentencia recurrida se determina que no operó el silencio administrativo ya que la petición fue presentada el 28 de junio del 2013 y el oficio impugnado es de 9 de julio del 2013; frente a lo cual señala que no se consideró que, del numeral 3 de la demanda presentada, se desprende que solicita que operó a su favor el silencio administrativo en relación a la petición presentada al Director Distrital 2 del Distrito Educativo Intercultural Bilingüe 01D01 y de los Distritos 01D02, 01D03, 01D04, 01D06 y 01D07 de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos el 29 de abril del 2013, y que con fecha 11 de junio del 2013 habría solicitado la certificación de vencimiento de término para responder la petición indicada, concluyendo que se da un error al confundir comunicaciones y negar la aplicación del silencio administrativo.

7.2.- Sobre la errónea interpretación de los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica de Servicio Público:

El casacionista considera que el negar un derecho constitucional utilizando la figura de la caducidad, al aplicar los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica de Servicio Público, implica una errónea interpretación de dichas disposiciones legales por no considerar que la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia se han pronunciado indicando que las garantías y derechos constitucionales son inalienables e imprescriptibles por ser inherentes al ser humano, además alega que no ha transcurrido más de 90 días de la notificación del acto administrativo impugnado, ya que el acto impugnado es de 9 de julio del 2013 y la demanda es presentada el 18 de julio del 2013.

8.- RESPECTO DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Y DE LOS ARTÍCULOS 90 Y 91 DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO. MOTIVACION DE LA SALA:

8.1.- La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;°.*

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, in iudicando jure, de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva, en

razón de que no se *“han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derechos sustantivo”*. (Andrade, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 182).

8.2.- La causal hace relación a que en la sentencia o auto del que se ha recurrido, se habría infraccionado norma jurídica material, lo cual genera un vicio de afectación directa a esa clase de disposición jurídica, que por su calidad de material establece derechos y obligaciones o las limitan; por manera que están lejos de esta causal, las infracciones o vicios que pueden estar presentes y que dicen relación a normas jurídicas de orden procesal o instrumental, que son las que conducen a la aplicación adecuada de las primeras.

El modo de infracción denunciado en el recurso en estudio es la errónea interpretación, la cual implica que la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene, es decir ésta consiste en un "error del verdadero sentido de la norma".

8.3.- Las normas, que a juicio del recurrente han sido infringidas por la sentencia de la que recurre, están contenidas en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, y, artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica de Servicio Público; las que ordenan:

Ley de Modernización del Estado:

Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de

ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

Ley Orgánica de Servicio Público

Art. 90.- Derecho a demandar.- La servidora o servidor público, sea o no de carrera, tendrá derecho a demandar el reconocimiento y reparación de los derechos que consagra esta Ley, en el término de noventa días contados desde la notificación del acto administrativo. Sin perjuicio de las acciones constitucionales que tiene derecho.

La demanda se presentará ante la Sala Distrital de lo Contencioso Administrativo del lugar donde se originó el acto administrativo impugnado o del lugar en donde ha generado efecto dicho acto.

Este derecho podrá ejercitarlo la servidora o servidor, sin perjuicio de requerir a la autoridad competente de la entidad pública que revea el acto administrativo que lesiona sus derechos.

Art. 91.- Caducidad de derechos.- Los derechos a demandar contemplados en esta Ley a favor de la servidora y servidor público caducarán en el término de noventa días, contados desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro término especial para el efecto.

8.4 Como se ha dejado establecido, la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación establece que el ámbito dentro del cual puede operar el vicio de violación directa, corresponde únicamente a las disposiciones jurídicas de orden sustantivo o material, las cuales están encargadas del establecimiento, reconocimiento o limitación de derechos u obligaciones jurídicas; razón por la que, es claro para esta Sala que las normas que están fuera de este ámbito y que, por su propia naturaleza pertenecen a la órbita del derecho procesal, que son las encargadas de instrumentar o de viabilizar el acceso a los derechos de las personas.

En el caso, las disposiciones jurídicas denunciadas como infringidas, que están contenidas en los artículos 90 y 91 de la LOSEP, precisamente tienen contenido eminente procesal o adjetivo, en razón de que su contenido hace relación a instrumentar el ejercicio de derechos, para demandar o para establecer la forma en que pueden extinguirse aquellos por caducidad. De suerte que estas disposiciones legales no son de aquellas que pueden ser denunciadas como infringidas en la causal denunciada, en tal razón el recurso con relación a éstas es improcedente.

Sin embargo, de lo dicho, de la revisión de la sentencia se encuentra que el Tribunal de instancia, con relación a las precitadas y transcritas normas legales, refiere cual es su contenido, para afirmar que ^aEl accionante no deduce acción alguna en el término de noventa días contados desde la presentación de su renuncia^o. De lo que se infiere que las normas citadas, cuya errónea interpretación se denuncia en el recurso en examen, son en realidad usadas en la sentencia atacada, respecto de las cuales no se hace en realidad interpretación alguna, pues sirven solo para referir el hecho de que el actor del juicio de instancia no ha presentado acción alguna dentro de los términos previstos en esa norma. Hechos que, en el caso de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se entienden aceptados por las partes; de modo que los defectos que contiene esa causal hacen relación

a la norma sustancial que ha incurrido en los modos de infracción que trae dicha disposición legal, generando una defectuosa operación de falta o indebida aplicación, o de errónea interpretación que debe ser corregida por el juez de casación.

Al no existir, en el fallo, una interpretación de los artículos 90 y 91 de la LOSEP, no puede analizarse su alcance y el modo efectivo de esa infracción, razón por la que, por este extremo el recurso es improcedente.

8.5 Distinto realmente es el caso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, la cual en parte tiene un contenido procesal pero, en el análisis integral de la norma, es establecedora de derechos que surgen de la falta de respuesta administrativa a las peticiones, solicitudes o recursos que los administrados presentan, para pronunciamiento oportuno de la Administración pública competente para la decisión de aquellos aspectos a los que refiere la petición. Es pues, el desarrollo legal del derecho constitucional de petición.

La errónea interpretación de una norma jurídica opera en primer momento, si aquella ha sido efectivamente usada en la sentencia recurrida; lo cual en la especie si ocurre ya que en la decisión atacada el Tribunal Distrital utiliza en su análisis esa norma legal; ahora bien, el recurrente en realidad no explica cuál ha sido la interpretación que los juzgadores han efectuado respecto del artículo 28 de la Ley citada, no evidencia tampoco el método interpretativo usado en la sentencia, ni exterioriza las razones por las cuales considera que esa interpretación, su método o reglas no son las que corresponden al alcance verdadero que debe darse a aquella; tampoco expone cuál es esa interpretación, su método y las reglas adecuadas para explicar cómo debe llegarse al verdadero alcance jurídico del artículo denunciado como infringido; con lo cual sería suficiente para desechar el recurso; no obstante, la Sala debe apreciar que el recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se considera que el silencio administrativo positivo no ha operado en la presente causa, tomando como referencia la petición presentada el 28 de junio del 2013, dirigida a la Rectora de la Unidad Educativa ^a Abelardo Tamariz Crespo^o y el oficio impugnado de 9 de julio del 2013.

Sin embargo, conforme se alega en el recurso de casación interpuesto, y revisada la demanda, este Tribunal de Casación observa que el recurrente solicita que se declare el silencio administrativo de la petición dirigida al Director Distrital 2 del Distrito Educativo Intercultural y Bilingüe 01D01 y de los Distritos 01D02, 01D03, 01D04, 01D06 y 01D07 de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos ingresada el 29 de abril de 2013 y sobre la cual, habría solicitado el 11 de junio de 2013 una certificación de vencimiento de término para responder.

En razón de lo expuesto, este Tribunal de Casación analiza si cabe el silencio administrativo de la petición ingresada el 23 de abril de 2013 por el señor Álvarez Pazos, para lo cual constata que de fojas 8 a 10 del expediente de instancia, consta la referida petición, por la que requiere: se ^a efectúe la liquidación y el pago de las indemnizaciones del artículo 8 del Mandato Constituyente Nro. 2 publicado en el Registro Oficial número 261 de 28 de enero del 2008^o, o ^a subsidiariamente el pago de los valores de la disposición transitoria Vigésima Primera de la Constitución de la República vigente a partir de octubre del 2008^o, o ^a el beneficio económico previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público^o; basándose para ello en que trabajó hasta diciembre de 2010 tras haber presentado sus servicios por más de 40 años al Magisterio sin que se le haya reconocido ningún valor.

De la renuncia presentada por el recurrente el 10 de diciembre de 2010, que consta a fojas 14 del expediente de instancia, no se evidencia que el peticionario, requiera acogerse a la jubilación conforme a las regulaciones de la seguridad social; debe precisarse que no se puede reconocer un derecho laboral de ese tipo a través del silencio administrativo positivo pues como bien se determina en la sentencia impugnada, debe cumplirse con los requisitos por parte de los servidores que quieren formar parte de los programas de jubilación, a través de los cuales se podía acceder a las compensaciones económicas determinadas en el Mandato Constituyente No. 2, la Ley Orgánica de Servicio Público, su Reglamento y el Reglamento de la Ley de Carrera Docente y Escalafón; por lo que mal se puede aplicar el silencio administrativo, respecto a un derecho para el cual debe verificarse el cumplimiento de requisitos establecidos en la Ley, tal como se determina en la sentencia recurrida. El efecto positivo del silencio administrativo no suple las deficiencias que pueden obrar de las peticiones de los administrados; es por ello que la petición o reclamo debe ser dirigida siempre, ante la autoridad que tiene la competencia legal efectiva, para la toma de la decisión administrativa pretendida por el administrado; de modo que, si se la presenta ante autoridad diferente, la falta de respuesta no puede ser atribuida a quien no conoció del caso y no podía por ello emitir pronunciamiento alguno.

Adicionalmente, esta Sala de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones indicando que las peticiones que se realicen a la Administración deben ser lícitas y no contrarias a derecho, teniendo en cuenta que tampoco puede operar la figura del silencio administrativo cuando la pretensión del administrado es incapaz, por su naturaleza, de producir el efecto positivo del silencio administrativo. Por lo cual en el presente caso no es posible que el derecho reclamado sea concedido a través de la figura del silencio administrativo positivo.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en el oficio de contestación que realiza el Director Provincial de Educación del Azuay, que consta de fojas 11 a 13 del expediente de instancia, se comunica al accionante que en base al artículo 87 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, no opera el silencio administrativo ya que la petición fue dirigida a un funcionario que no tiene competencia para resolverlo, aclarando que dicha petición debía ser presentada ante la Rectora del Colegio Nacional Manuel Corral Jáuregui, por ser dicha autoridad ante quien el actor presentó su renuncia inicialmente y el colegio es una unidad ejecutora desconcentrada.

Si la autoridad administrativa ante quien formuló su petición el actor del juicio de instancia, no tiene habilitación jurídica para decidir respecto de su pretensión, no cabe que la falta de respuesta oportuna a su solicitud, determine la ocurrencia de los efectos positivos de la falta de pronunciamiento administrativo, en razón de que si esa autoridad hubiese emitido un acto administrativo estimatorio; por la incompetencia de ésta esa decisión carecería de valor jurídico, ya que la incompetencia es un vicio de tal gravedad que impide que el acto administrativo entre siguiera a la órbita de la presunción de legalidad de la manifestación realizada en ejercicio de la función administrativa. Consecuentemente, si el acto expreso fuese nulo de pleno derecho, sin valor jurídico alguno; por la misma razón no puede producirse el efecto positivo del silencio administrativo.

Por lo expuesto es claro para la Sala, que la fundamentación del recurso de casación en estudio, carece de los mínimos elementos que puedan justificar la procedencia de la causal por la errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; siendo por ello improcedente.

9.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Guillermo Álvarez Pazos, y no casa la sentencia expedida el 23 de octubre del 2014, 8h36 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, dentro del proceso contencioso administrativo No. 01802-2013-0130 planteado en contra del Director Distrital 2 del Distrito Educativo Intercultural y Bilingüe 01D01 y de los Distritos 01D02, 01D03, 01D04, 01D06 y 01D07 de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, la Rectora de la Unidad Educativa Abelardo Tamariz, y de la Procuraduría General del Estado. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

153948119-DFE

Juicio No. 09802-2018-00497

**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, jueves 15 de julio del 2021, las 14h09. VISTOS: Avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

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

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

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

iii. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 20 de abril del 2021, constante a fojas 19 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:

I Antecedentes

1.1 El señor Alexander Amanguaña Arredondo prestó sus servicios a través del contrato ocasional No. IESS- DNGTH-PROV-2016-09523 de 01 de noviembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha en la cual se le otorgó un nombramiento provisional. Dicho nombramiento duró hasta el 5 de febrero de 2018, con la notificación de la acción de personal No. SDNGTH-2018-2366 que lo dio por terminado.

1.2 El 7 de junio de 2018, el señor Alexander Amanguaña Arredondo presentó una acción contencioso administrativa, impugnando el acto que lo desvinculaba del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Dicha acción contenía como pretensión que se declare la nulidad de la acción de personal No. SDNGTH-2018-2366 y se paguen las remuneraciones dejadas de percibir.

1.3 Mediante sentencia de fecha 25 de octubre de 2019, las 11h43, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil rechazó las pretensiones del actor. Por ello el actor interpuso un recurso de casación, mismo que fue admitido el 6 de febrero de 2020 por la conjuenza nacional Hipatia Ortíz, por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Una vez conformado el tribunal de casación se convocó a la audiencia para la fundamentación del recurso, misma que se realizó el día 1 de julio de 2021.

1.4 En el escrito de casación se señala como cargo la errónea interpretación de normas sustantivas, así como de precedentes jurisprudenciales. En dicho recurso se enuncian las siguientes disposiciones:

disposición transitoria décimo quinta de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público, literal c) del artículo 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, y el artículo 105 ibídem.

1.5 En la fundamentación oral del recurso, el casacionista sostuvo que comenzó su relación laboral con la demandada con un contrato de servicios ocasionales, y posteriormente le otorgaron el nombramiento provisional, pero que la entidad pública le notifica con la terminación de dicho nombramiento. Que contra la decisión del tribunal a quo ha interpuesto el recurso de casación acorde al numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación de normas sustantivas, debido a que, en la sentencia dictada por el tribunal a quo, el casacionista denuncia que existen vicios con relación a:

1.5.1 El artículo 18.c) del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, mismo que contiene los requisitos para que se concedan nombramientos provisionales, y que, una vez que este se conceda, se le debe otorgar hasta que exista un ganador en el concurso;

1.5.2 El artículo 105 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, que en su último inciso indica que en el caso de los nombramientos provisionales en el art 17.b) de la LOSEP, se dispone que los servidores cesarán de sus funciones cuando cumplan el tiempo previsto en tal disposición.

1.6 Por ello, aduce que no podían simplemente cesar al actor por un acto unilateral de la administración, y que en cambio debió verificarse el cumplimiento de esa condicionante. De tal forma que, el tribunal a quo, al indicar que los artículos no están conectados ni guardan relación ha cometido una errónea interpretación.

1.7 Por su parte la entidad demandada, ejerciendo su contradicción, señaló en relación al recurso interpuesto que se le vulneró su derecho a la estabilidad laboral, pero que el tribunal a quo luego de analizar las pruebas, expresó su resolución rechazando la demanda interpuesta. Por disconformidad presenta un recurso en contra de la decisión tomada por el tribunal a quo. Su única finalidad es la de modificar la sentencia. Y que esta sentencia fue dictada de manera motivada, y que no ha vulnerado

ningún derecho fundamental, por lo que solicita rechazar el recurso planteado.

1.8 Al ejercer su derecho a la réplica, el casacionista indica que hay error de interpretación de las dos normas denunciadas, puesto que el tribunal a quo aseveró en su intervención que no existe relación entre dichas normas, por esa razón solicitó casar la sentencia.

1.7 Por último, en su contrarréplica, la entidad demandada recalcó que el tribunal a quo interpretó acorde a la ley. Que los artículos denunciados de vicio, señalan que los nombramientos son revocables y que estos no garantizan seguridad laboral. El tribunal a quo no ha violentado ninguna norma constitucional y solicita que se rechace el recurso de casación.

II Competencia

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

III Validez procesal

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

IV Consideraciones de este tribunal

4.1 De los argumentos expuestos dentro del recurso de casación interpuesto se considera que las causales invocadas son las contenidas en el numeral quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por errónea interpretación del literal c) del artículo 18 de la Ley Orgánica del

Servicio Público, y el artículo 105 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

Análisis del Recurso de Casación, de las causales contenidas en el numeral quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

4.3 Tal como se ha señalado en los acápites 1.4 y 1.5 en su intervención el casacionista ha señalado que el tribunal a quo ha interpretado de manera incorrecta los artículos señalados, dado que, razonó de la siguiente manera:

a (1/4) En mérito de las precitadas normas se evidencia, que la acción de personal No. SDNGTH-2017-6078 de 1 de junio del 2017, se resolvió otorgar nombramiento provisional a favor de AMAGUAÑA ARREDONDO ALEXANDER VICENTE, para que ocupe el puesto de TECNOLOGO EN INFORMATICA (sic) en la UNIDAD PROVINCIAL DE PRESTACIONES DEL SEGURO DE SALUD DE EL ORO, que se encuentra excluida del servicio público, no adecuándose a ninguno de los presupuestos previstos en el artículo 17 letra b de la LOSEP, el nombramiento provisional que le fuere otorgado al servidor, con lo cual, no se subsumen los hechos al presupuesto normativo que invoca el accionante para sustentar su pretensión referida al artículo 105 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, que regula la cesación de funciones por remoción de funcionarios según lo previsto en la letra b) del artículo 17 de la LOSEP, por tanto, el periodo de temporalidad que alega no se fundamenta en la norma que invoca al no expedirse el nombramiento provisional del 1 de junio del 2017 en ninguno de los presupuestos previstos en el artículo 17, letra b) de la Ley Orgánica de Servicio Público, sino en el artículo 18, letra c) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público; por tanto, la terminación del nombramiento provisional mediante el Acto Administrativo impugnado en la presente causa, Acción de Personal No. SDNGTH-2018-2366 del 1 de febrero del 2018, se encuentra legalmente fundamentada de acuerdo al artículo 83, letra h y artículo 85 de la LOSEP, cumpliendo la finalidad de la norma (1/4)°

4.4 Por ello, ante las exposiciones realizadas, hay que recordar el estándar que tiene este tribunal,

cuando se trata del vicio de errónea interpretación de normas sustantivas, dado el carácter nomofiláctico del recurso de casación, es decir, de la interpretación objetiva del derecho.

Sobre el error in iudicando y el vicio de errónea interpretación

4.5 En relación a esta causal alegada, la jurisprudencia nacional consideró lo siguiente:

“La primera causal se refiere a errores o vicios in iudicando, esto es, cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuya a una norma de derecho un significado equivocado. Si la sentencia viola conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay un error de juicio del juzgador.” [Corte Suprema de Justicia, Sala de Social y Laboral, G. J. No. XCV, Serie 16, de 22 de junio de 1994]

4.6 Una vez explicada cual es el error in iudicando, es necesario clarificar que en lo relativo a la errónea interpretación de una norma sustancial, el doctrinario Santiago Andrade, citando al doctor Galo García, ha señalado que: *“Puedo también cometer un error en la conclusión ese es evidentemente un error de lógica, es un error de razonamiento, es un error de deducir consecuencias jurídicas equivocadas”* [Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade y Asociados, 2005), 182]

4.7 Al respecto, la jurisprudencia ha intentado generar criterio univocista en lo relacionado a la errónea interpretación, al decir que:

“La interpretación errónea se determina porque existe una norma legal cuyo contenido o significado se presta a distintas interpretaciones, y el tribunal al aplicarla, siendo aplicable al caso (pues si no lo es habría indebida aplicación) le da la que no corresponde a su verdadero espíritu. Es decir, esa interpretación errónea se refiere a la doctrina sostenida por el tribunal con motivo del contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia de la cuestión de hecho, o sea, sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma.” [Corte Suprema de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, Resolución No. 323 de 31 de

agosto de 2000, las 10h00, dentro del juicio No. 291/98, G. J. No. 1999, Serie 17, de 8 de julio de 1999]

4.8 Sobre ello, el autor Santiago Andrade Ubidia continúa de la siguiente manera, para indicar la naturaleza de la causal alegada, y que esta tiene la calidad de ser una violación directa, explicándolo de la siguiente manera:

“ En la causal primera (actual causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos), se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque (1/4) se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo” [Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade y Asociados, 2005), 182]

4.9 Por último y en esa línea de ideas dicho autor ha indicado que:

“ El recurrente debe señalar en forma concreta y detallada de qué manera se han transgredido las normas de derecho invocadas, según la causal alegada; en efecto, se puede distinguir: (1/4) e) Finalmente, con relación a la causal primera, debe señalarse (1/4) cuál (es) la correcta interpretación de derecho sustancial”. [Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade y Asociados, 2005), 203]

4.10 A esto es necesario agregar que la jurisprudencia ha señalado que no basta con señalar  genere[©] el vicio, sino que es necesario que especificar las razones para tales afirmas, esto es en el caso que nos acomete, en qué consiste la errónea interpretación de una norma determinada y cuál debió ser la correcta interpretación [Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 552 de 4 de noviembre de 1999, las 09h50, dentro del juicio No. 283-96 R.O. No. 348 de 28 de diciembre de 1999]

4.11 Esto quiere decir que, el casacionista no le bastaba realizar alegaciones en relación a la que considera una errónea interpretación, sino explicar los alcances que esta tiene, puesto que como se ha expuesto, la errónea interpretación es un vicio hermenéutico, en el cual la norma legal (o normas legales en el caso) tiene un alcance que no le corresponde, y por lo tanto debe el casacionista, indicar cuál era la correcta interpretación, la extensión del error, y cuán determinante esta podía ser en la sentencia.

4.12 Por tal, el casacionista debía cumplir los siguientes requisitos: a) identificación de la norma legal; b) cuál era el sentido de la norma o normas legales acusadas; c) cuál debió ser la correcta interpretación de la mentada norma; y, d) el efecto en la parte dispositiva, esto es, la aplicación o inaplicación de normas a causa de esta errónea interpretación. Esta última debía estar acusada como un efecto de la errónea interpretación.

4.13 En el presente recurso, en la fundamentación escrita, se ha alegado "falta de aplicación" del artículo 18.c) del Reglamento a la LOSEP, y que en la fundamentación oral con el mentado artículo, ha señalado "errónea interpretación", como si fueran intercambiables.. Ello desatiende la naturaleza particular de cada vicio, e incluso la jurisprudencia nacional ha considerado que al no individualizar de manera clara el vicio acusado, el tribunal de casación ^a carece de la guía imprescindible para analizar las infracciones acusadas, que entre sí son contradictorias y excluyentes^o [Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 552 de 4 de noviembre de 1999, las 09h50, dentro del juicio No. 283-96 R.O. No. 348 de 28 de diciembre de 1999]. Esta confusión del casacionista es suficiente para descartar las alegaciones con relación a la referida disposición jurídica invocada.

4.14 Con relación a las alegaciones contenidas en el párr. **1.5** disposición las fundamentaciones del casacionista no cumplen con los requisitos contenidos en el párr. **4.12**, pues si bien se ha identificado la norma legal con un supuesto yerro hermenéutico, no se individualiza cuál fue el método de interpretación aplicado por el tribunal a quo y, lo más trascendente, no se explica cuál debería ser el método de interpretación que la Sala debería utilizar para arribar a la conclusión que alega el recurrente.

4.15 Finalmente, en lo relacionado a la disposición transitoria décimo quinta de la Ley Orgánica

Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al artículo 85 de la LOSEP, no se observa fundamentación alguna que sustente el vicio de errónea interpretación acusado, por lo que esta Sala carece de elementos para su análisis. En consecuencia, no pueden prosperar los cargos realizados al amparo de la causal quinta casacional.

V Decisión

5.1 En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DELECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de casación interpuesto por el ingeniero ALEXANDER VICENTE AMANGUAÑA ARREDONDO, y consecuentemente, no se casa la sentencia dictada el 25 de octubre de 2019, las 11h43, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (E)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL



Juicio No. 01803-2018-00459

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

AUTOR/A: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 15 de julio del 2021, las 11h38. **VISTOS.-** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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

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

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

iv. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y 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.

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha viernes 7 de mayo de 2021, a las 12h21, constante a fojas 25 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa

se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido (Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.-

vi. Con auto de sustanciación de fecha lunes 28 de junio de 2021, las 12h04 se convocó para el día miércoles 7 de julio de 2021, a las 15h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

vii. En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron, por una parte, el señor Edgar Marcelo Peralta Pindo, a través de su defensa técnica y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de cantón Cuenca, a través de su procurador judicial debidamente acreditado. Luego de escuchar a las partes procesales, esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se rechazó el recurso de casación interpuesto por el señor Edgar Marcelo Peralta Pindo, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos que se exponen a continuación:

I.-

ANTECEDENTES

1.1. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca (en adelante **TDCA**° o **Tribunal de instancia**°, indistintamente), expidió la sentencia el miércoles 23 de octubre del 2019, las 10h44, dentro de la causa signada con el No. 01803-2018-00459, promovido por el señor Edgar Marcelo Peralta Pindo en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de cantón Cuenca (en adelante, **GADMC**°), en la persona del señor Marcelo Cabrera y Luis Fernando Andrade Romero, Alcalde y Procurador Síndico de la Cámara Edilicia en la cual se resolvió: *° Por lo expresado, en función de la motivación expuesta y, en base a las pruebas admitidas y producidas por las partes, éste Tribunal de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con Sede en la ciudad de Cuenca, y en base a las pruebas admitidas y producidas por las partes, ° ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA*°, declara sin lugar la demanda. Sin costas. Notifíquese.°

1.2 Con fecha 28 de octubre de 2019, a las 16h55, el accionante presentó un recurso de ampliación de la sentencia antes indicada, que fue atendido por el TDCA de Cuenca, mediante auto de jueves 7 de

noviembre de 2019, a las 08h13.

1.3 Con fecha 5 de diciembre de 2019, a las 11h47, el actor interpuso recurso de casación en contra de la sentencia ya indicada y del auto que negó el recurso de aclaración.

1.4 Con fecha 15 de junio de 2020, a las 09h38, el doctor Miguel Ángel Bossano Rivadeneira, Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso de casación por la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en cuanto a la errónea interpretación del artículo 179 del Código Orgánico Administrativo, así como la falta de aplicación de los artículos 158 y 255 del Código Orgánico Administrativo y del artículo 417, literal d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

II.-

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

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

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la **sentencia dictada el miércoles 23 de octubre del 2019, las 10h44** por el TDCA ha incurrido en el yerro acusado por el **casacionista**; esto es, **la causal quinta del artículo del artículo 268 del COGEP** que refiere a *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

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

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

III.-**ANÁLISIS DE LA CAUSAL QUINTA DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP EN CUANTO SE REFIERE A LA FALTA DE APLICACIÓN Y ERRÓNEA INTEPRETACIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS**

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

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

3.3 En este orden de ideas, Santiago Andrade Ubidia, en su obra ^a La Casación Civil en el Ecuador^o,

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

3.4 En el memorial de casación, el casacionista señala que las normas infringidas son aquellas que están contenidas en los **artículos 158 y 255 del Código Orgánico Administrativo** (en adelante, **COA**) y **artículo 417 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización** (en adelante, **COOTAD**) en cuanto se refiere a una **falta de aplicación**; y, el **artículo 179 del COA** en lo respecta a una **errónea interpretación**.

3.4.1 En cuanto se refiere al **artículo 179 del COA**, el casacionista considera que existe errónea interpretación porque: *“Entonces, tomando como premisa lo expuesto en el párrafo anterior tenemos que, el tribunal ad quem, incurrió en errónea interpretación de lo que prevé el Artículo 179 del Código Orgánico Administrativo, en virtud de que, dicha norma hace referencia al plazo que debe transcurrir desde que iniciaron las actuaciones previas hasta que se notifica la decisión de inicio de procedimiento administrativo a fin de que prospere la declaratoria de caducidad; mas no hace referencia a qué acto administrativo se considera como actuación previa, mucho menos refiere que el acto administrativo (informe) con el cual se notifica el inicio del procedimiento administrativo constituya la actuación previa, en razón de que, al tenor de lo que prevé el Art. 178 del Código Orgánico Administrativo, dicho informe constituye la **CONCLUSIÓN** de las actuaciones previas incoadas.”*

3.4.2 Sobre esta alegación, el casacionista continúa: *“Entonces, en el caso que nos ocupa, **las actuaciones previas INICIARON** con la orden emitida mediante oficio AJ-0620-2018, de 07 de marzo de 2018, al cual se hace referencia en el oficio No. DCM-APP-0573-2018, de fecha 9 de agosto del 2018, emitido por la Arq. Gina Mavel Dávila Pontón, Servidora Municipal, el cual fue debidamente producido en la audiencia de juicio, en cuya parte pertinente dicha funcionaria expuso: **“En atención al Oficio No AJ-0620-2018, de 07 de marzo de 2018, adjunto al presente sÍrvase encontrar el parte informativo No. 23370 y el informe técnico No. 15262¼”** (lo resaltado en negrita me pertenece). Y, **CONCLUYERON** con el informe técnico No. 15262, de fecha 9 de agosto del 2018. Es decir, dicho informe no es la actuación previa, como erróneamente consideró y valoró el tribunal ad quem, al contrario es la conclusión de esas actuaciones previas.”*

3.4.3 Por otra parte, el casacionista alega falta de aplicación de los **artículos 158 y 225 del COA**, bajo

el siguiente argumento: *“Señores Jueces, como pueden ustedes apreciar de la lectura de la sentencia recurrida, tenemos que: dentro del trámite administrativo sancionador, la etapa probatoria fue abierta mediante auto de fecha 28 de septiembre de 2018, a las 16h00, notificado con el mismo el primero de octubre de 2018, es decir, al tenor de lo que prevén los Artículos 158 del Código Orgánico Administrativo y el 77 del COGEP, dicho término empezó a decurrir “desde el día hábil siguiente” (dos de octubre de 2018) y su vencimiento debió ocurrir “el último momento hábil de la jornada laboral” del día 15 de octubre del 2018, es decir, **tácitamente [sic] precluyo en la referida fecha**, entonces, al tenor de lo que prevé el artículo 75 del Código Orgánico General de Procesos, el día 15 de octubre del 2018, es un término irrenunciable e improrrogable, que no admite actuación de nuevos medios probatorios, mucho menos la suspensión del término probatorio, al tenor de lo que prevé el Art. 162 numeral 2 del Código Orgánico Administrativo, toda vez, que, no es dable que, en un Estado Constitucional de derechos y justicia se suspenda un término ya vencido.”*

3.4.4 Por último, y con respecto a la alegación sobre la **falta de aplicación del artículo 417 letra d) del COOTAD**, el casacionista alega que: *“Al respecto, es menester indicar que, conforme se puede escuchar del audio de la audiencia de juicio (lo cual no ha sido no siquiera mencionado en la sentencia), el accionante [sic] produjo como medio de prueba la escritura pública que me acredita la titularidad del bien raíz, cuyo objeto de juzgamiento fueron los postes y alambres de púas “supuestamente” colocados en el margen de la quebrada. Con dicho medio de prueba, justifique que, mi bien raíz en uno de sus linderos colinda con la quebrada, por ende al existir título de dominio debidamente inscrito en el registro de la propiedad [sic] justifique que, dicho bien NO es de uso público.”*

3.5 Por su parte, el TDCA en cuanto se refiere a las alegaciones indicadas por el recurrente, realiza la siguiente argumentación:

3.5.1 Con respecto a la caducidad, la sentencia en cuestión señala que: *“Si se ha considerado el informe técnico No. 15262 de fecha 09 de agosto de 2018 como el que da inicio al procedimiento administrativo, éste hecho es la actuación previa y si se notifica al ahora accionante en fecha 19 de septiembre de 2018, con la decisión de inicio del mismo de fecha 14 de septiembre de 2018, no ha transcurrido el plazo de seis meses previsto para que opere la caducidad.”*

3.5.2 En cuanto se refiere a la etapa probatoria dentro del procedimiento administrativo sancionador, la sentencia del Tribunal de instancia determina que: *“El funcionario instructor abrió el término de prueba, providencia que no fue materia de objeción alguna por parte del ahora accionante en sede administrativa. En cuanto al argumento del accionante de que no se respetó el término de prueba; pues la misma fue abierta en fecha 28 de septiembre de 2018, a las 16h00, notificada el 1 de octubre*

de 2018, a las 10h00, es decir hasta el 15 de octubre de 2018, sin embargo el mismo fue suspendido cuando el mismo feneció y con providencia de 17 de octubre de 2018, a las 10h00 se solicita el criterio técnico de un funcionario municipal. De la revisión del proceso se determina que en fecha 24 de octubre de 2018, a las 12h00, se declara concluido el término de prueba, es decir una vez que se han realizado todas las diligencias ordenadas, incluso la inspección judicial que se llevó a cabo el 16 de octubre de 2018 ha pedido de la parte ahora accionante y aquella ordenada en fecha 17 de octubre de 2018, a las 10h0, mediante la cual se dispone al Arq. Luis Cornejo, en representación de la Arq. Gina Dávila, funcionario que elaboró el informe técnico; y que no asistió a la inspección judicial, pese a que así fue dispuesto en providencia de 09 de octubre de 2018, a las 10h00, para que dé su criterio sobre la supuesta infracción. Es decir no existe vulneración alguna, lo grave hubiera sucedido que se declare concluido el término de prueba antes del término fijado en la ley.^o

3.5.3 Y, por último, el TDCA deja constancia que *“ el hecho que da origen a la imposición de la sanción al ahora accionante es el informe técnico emitido en el cual se hace conocer que sin autorización del GAD de Cuenca y sobre la margen de protección de la quebrada se ha colocado un cerramiento en una longitud de 15 metros,^{1/4}°*

3.6 En la especie, cabe indicar que el recurrente alega como normas infringidas los artículos 158 y 255 del COA, normas que regulan cuestiones procesales, puesto que se refieren a términos y situaciones procedimentales, pero, del memorial de casación, se desprende que se ha invocado la causal quinta del artículo 268 del COGEP que tiene relación con aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo. Santiago Andrade Ubidia ha señalado que: *“ Quizá con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación.* (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 282).

3.7 En este orden de ideas, y en la línea de Andrade Ubidia, es preciso indicar que la determinación de las causales, de las normales legales transgredidas y la fundamentación de los cargos constituyen requisitos de procedibilidad del procedimiento, es decir, son solemnidades sustanciales del proceso de casación que sostienen la relación procesal específica, que no pueden ser corregidos o enderezados, de oficio, por parte del tribunal de casación, no siendo posible aplicar el principio *iura novit curia*. En consecuencia, podemos sostener que el principio dispositivo que rige este tipo de recursos extraordinarios, y al tener el carácter de formal y estricto, esta Sala Especializada está imposibilitada de corregir el error detectado al momento de formular el recurso, lo que implica rechazarlo por este

extremo.

3.8 En cuanto se refiere al yerro de errónea interpretación alegado por el casacionista del artículo 179 del COA, le son aplicables las consideraciones que esta Sala Especializada ha consignado en los acápites 3.6 y 3.7 de esta sentencia, puesto que la norma, que según el casacionista está infringida, comporta cuestiones procesales al determinar que la caducidad de las actuaciones previas opera en el plazo de seis meses contados desde el acto administrativo con el que se ordenan dichas actuaciones.

3.9 En cuanto se refiere a la falta de aplicación del artículo 417 letra d) del COOTAD, que se refiere a los bienes que son de uso público y que son, entre otros, *“Las quebradas con sus taludes y franjas de protección; los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, siempre que no sean de propiedad privada, de conformidad con la ley y las ordenanzas”*, el casacionista señala que: *“Al respecto es menester indicar que, conforme se puede escuchar del audio de la audiencia de juicio (lo cual no ha sido ni siquiera mencionado en la sentencia), el accionante [sic] produjo como medio de prueba la escritura pública que me acredita la titularidad del bien raíz, cuyo objeto de juzgamiento fueron los postes y alambres de púas “supuestamente” colocados en el margen de protección de la quebrada. Con dicho medio de prueba, [sic] justifique que, mi bien raíz en uno de los linderos colinda con la quebrada, por ende al existir título de dominio debidamente inscrito en el registro de la propiedad [sic] justifique que, dicho bien NO es de uso público.”*

3.10 La Sala Especializada advierte que el recurrente se remite al título de propiedad que fue reproducido en audiencia como parte de su acervo probatorio, lo que revela la intención del casacionista de que se vuelva a analizar dicha prueba, lo que resulta improcedente, no solamente porque la causal invocada lo impide (caso 5 del artículo 268 del COGEP), sino por el hecho de que la valoración de la prueba es una actividad reservada al Tribunal de instancia. En la especie, el recurrente ha pretendido que este Tribunal de casación revise la prueba, circunstancia que ya fue efectuada por el Tribunal de instancia, motivo por el cual se desecha el recurso por este extremo.

IV.-

DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** no acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Edgar Marcelo Peralta Pindo en contra de la sentencia dictada el miércoles 23

de octubre de 2019, las 10h44; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca dentro del juicio No. 01803-2018-00459.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la Acción de Personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- Notifíquese y devuélvase.-

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

154010138-DFE

Juicio No. 17811-2013-6019

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

AUTOR/A: MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ

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

Quito, viernes 16 de julio del 2021, las 08h54. **VISTOS:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Iván Larco Ortuño y la conjueza nacional Hipatia Ortiz Vargas, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa N°. **17811-2013-6019:**

I. Conformación y competencia de la Sala

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

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

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

1.3 En este caso, los sorteos de fechas 23 de febrero y 15 de marzo de 2021 radicaron la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Ivan Larco Ortuño y la conjueza nacional Hipatia Ortiz Vargas.

II. Antecedentes

2.1 El 25 de marzo de 2010, el ingeniero Luis Oswaldo Del Pozo Zabaleta acudió al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, y demandó al gerente general y representante legal del Banco Nacional de Fomento, pretendiendo lo siguiente: *“ 1. En valores actualizados, los estímulos que corresponden sin excepción alguna, a todos los funcionarios del Banco Nacional de Fomento que, como el reclamante, cumplimos 25 años de servicio. 2.- Se liquide y se fije mi pensión mensual de Jubilación Patronal adeudadas a las que tengo derecho desde la fecha en la que terminé mi relación laboral con el Banco, esto es, el 30 de septiembre de 1989.”*

2.2 Luego del trámite de ley, dicho tribunal emitió la sentencia de 28 de mayo de 2012, las 09h34, en la cual se afirma que:

“ Ha quedado establecido que el actor no estuvo sujeto al Código de Trabajo por lo que en este juicio no cabe analizar la jubilación patronal prevista en ese ordenamiento jurídico, como tampoco se aprecia que en la demanda se hayan confundido los beneficios allí especificados, ya que el accionante hace relación a varias regulaciones expedidas por el directorio de la entidad demandada^{1/4} resulta claro que el Ing. Oswaldo del Pozo al separarse de la entidad demandada cumplió con más de 25 años de servicios; razón por lo que adquirió el derecho a la “jubilación especial patronal” establecida por su entidad empleadora, por cumplir los requisitos de la regulación No. 50 expedida unilateralmente por su Directorio; regulación que sin duda es un cuerpo normativo que debió ser aplicado en el caso del accionante^{1/4}”

2.3 En su parte dispositiva, la sentencia de instancia acepta parcialmente la demanda ^a deja

sin efecto la constante negativa del Banco Nacional de Fomento a reconocer al actor el derecho a la jubilación especial patronal; consecuentemente, reconoce su derecho a percibir las pensiones mensuales correspondientes a dicha jubilación, de modo vitalicio, desde el mes de octubre de 1989; pensiones que deberán ser pagadas previa liquidación, en el término de treinta días; a partir de lo cual se satisfarán las pensiones de manera mensual. No ha lugar las demás pretensiones del actor^o. A continuación, se emitió auto de fecha 27 de mayo de 2013, las 14h00, mediante el cual se deniega la aclaración solicitada.

2.4 Inconforme con la decisión, el Banco Nacional de Fomento y la Procuraduría General del Estado interpusieron recursos de casación, los que fueron inadmitidos por el conjuer nacional Francisco Iturralde Albán, de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, en auto de fecha 3 de julio de 2015, las 09h40.

2.5 En fase de ejecución de la referida sentencia, el tribunal *a quo* emitió el auto de fecha 18 de junio de 2019, las 16h25, mediante el cual se declaró el error esencial de la pericia practicada en autos, se designó a la perito Mirian Raquel Borja Borja a fin de que realice la liquidación ordenada en sentencia, con los siguientes parámetros: ^a a) *En el informe pericial expresamente, no se considerará intereses; y, b) Se aplicará la Ley de Transformación Económica del Ecuador, así como la Disposición General Tercera del Código Orgánico Monetario y Financiero, debiendo aclarar que los rubros a calcularse de la pensión de jubilación especial patronal deben estar debidamente justificados^o. Con auto de fecha 7 de octubre de 2019, las 15h04, se deniegan las solicitudes de aclaración y ampliación del auto precedente, así como la petición de declaración de nulidad procesal.*

2.6 El 15 de octubre de 2019, el señor Luis Oswaldo del Pozo Zabaleta interpuso recurso de casación en contra del auto de fecha 18 de junio de 2019, las 16h25, conforme lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 2 de la Ley de Casación. Invocó en su recurso la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación con relación a vicios que a su entender se relacionan con varias disposiciones jurídicas.

2.7 Con auto de fecha 25 de mayo de 2020, las 08h12, el conjuer nacional Miguel Bossano Rivadeneira, de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, admitió

a trámite el recurso de casación antes mencionado.

2.8 En virtud del sorteo de fecha 15 de marzo de 2021, el conocimiento de esta causa correspondió a los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente) e Ivan Larco Ortuño. De acuerdo al acta de sorteo de fecha 23 de febrero de 2021, integra este tribunal la conjuenza nacional Hipatia Ortiz Vargas, por excusa aceptada del juez nacional encargado doctor Patricio Secaira Durango.

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: la contenida en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de los artículos 1, 12 y 13 de la Ley para la transformación económica del Ecuador, disposición general tercera del libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero; y la correlativa falta de aplicación de los artículos 82 de la Constitución, 7 del Código Civil y de la disposición general quinta de la Ley para la transformación económica del Ecuador; y por indebida aplicación del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil y de la correlativa falta de aplicación de los artículos 323 de la Constitución de la República, de los artículos 659, 663, 1575.1, 1607 y 2397 del Código Civil y de los artículos 60 y 95 numerales 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil.

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

Sobre la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de los artículos 1, 12 y 13 de la Ley para la transformación económica del Ecuador,

disposición general tercera del libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero; y la correlativa falta de aplicación de los artículos 82 de la Constitución, 7 del Código Civil y de la disposición general quinta de la Ley para la transformación económica del Ecuador.

4.3 El casacionista centra sus argumentos en que para ordenar la liquidación que se deriva de la sentencia, el tribunal *a quo* se fundamentó en normas de conversión monetaria no aplicables a una obligación exigible desde 1989. Señala que los artículos 1, 12 y 13 de la Ley para la transformación económica del Ecuador se encontraban derogados y que, aún en el evento de que estuvieran vigentes, no podrían aplicarse con efecto retroactivo. También acusa que la disposición general tercera de libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero se ha empleado con efecto retroactivo.

4.4 De manera complementaria, menciona que existe una falta de aplicación del artículo 82 de la Constitución de la República, que refiere el derecho a la seguridad jurídica, así como el artículo 7 del Código Civil, que contiene las reglas de vigencia temporal de la ley, y finalmente la disposición general quinta de la Ley para la transformación económica del Ecuador.

4.5 En primer lugar, el recurrente aduce que se aplicaron las disposiciones de los artículos 1, 12 y 13 de la Ley para la transformación económica del Ecuador, que fueron derogados por la disposición derogatoria vigésima séptima del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, promulgado en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014. Y que incluso en este escenario, dichas disposiciones tampoco eran aplicables por no tener efecto retroactivo.

4.6 Las disposiciones cuya aplicación indebida se acusan hacen referencia al tipo de cambio de veinticinco mil sucres por cada dólar de los Estados Unidos de América (art. 1), que en el caso de disposiciones que establezcan acreencias en sucres, estas deberán calcularse al tipo de cambio antes mencionado (art. 12) y, finalmente, que se prohíbe el pacto de todo tipo de indexación, actualización monetaria o cualquier otra forma de repotenciación de deuda (art. 13).

4.7 En este punto, cabe indicar que varios de los valores que por concepto del beneficio reglamentario de jubilación, debían calcularse en sucres, moneda vigente en el Ecuador hasta el 13 de marzo del 2000. El auto jurisdiccional impugnado en la especie invoca las disposiciones mencionadas en el párrafo precedente, ordenando que en ella se debe regir la perito designada para la liquidación de lo ordenado en sentencia. Un primer cargo que sustenta la indebida aplicación de esta disposiciones es que ellas se encontraban derogadas al momento de emitir el referido auto. A fin de absolver el cargo planteado, cabe revisar si nos encontramos en un caso de ultractividad. Al efecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La ultractividad (o ultraactividad) consiste en que un enunciado jurídico hace referencia a un tiempo posterior a su [intervalo de validez]. (...) [U]n enunciado jurídico se puede referir a un tiempo posterior a su [intervalo de validez], bien en su suposición, bien en su consecuencia. En el primer caso, diremos que el enunciado es ultractivo; en el segundo, que el enunciado tiene efectos ultractivos.

Dicho de otro modo: son enunciados ultractivos aquellos en los que el final del [intervalo de subsunción] es posterior al final del [intervalo de validez], o en los que el [intervalo de subsunción] se prolonga más allá del final del [intervalo de validez]; son enunciados con efectos ultractivos aquellos en los que el [tiempo de efecto] es posterior al final del [intervalo de validez]” [CCE, Sentencia 003-18-SCN-CC, Caso No. 157-13-CN]

4.8 Las disposiciones invocadas por el casacionista, dado que regulan el cumplimiento de obligaciones pactadas en sucres luego del proceso de dolarización de nuestra economía, son enunciados ultractivos a su vigencia formal; pues su contenido se refiere a todas esas acreencias legales o pactadas bajo una moneda hoy inexistente en nuestro país, en relación con la actual, y su manera de pago. En consecuencia, en el presente caso nos encontramos en un escenario de ultractividad de las disposiciones 1, 12 y 13 de la Ley para la transformación económica del Ecuador.

4.9 Teniendo en consideración la ultractividad de tales preceptos, no procede el primer cargo en el cual se sustentaba la indebida aplicación de estas disposiciones. El segundo cargo se refiere a que aquellas disposiciones no eran aplicables a los haberes de beneficio reglamentario de jubilación, por cuanto no estaban vigentes al momento en que debieron pagarse dichos haberes, y que su aplicación sería retroactiva y, por tanto, contraria al artículo 7 del Código Civil.

4.10 Como puede observarse, por medio de estas alegaciones, el casacionista pretende que se ejecute a su favor la indexación de los valores por cobrar en sucres anteriores a la dolarización, a fin de que sea calculados bajo el tipo de cambio vigente a la época en que debieron sufragarse. En este punto, la jurisprudencia nacional ha definido la indexación de la siguiente manera: *“ Indexación significa actualizar el valor de una suma determinada que ha sufrido un desequilibrio por efectos de la depreciación monetaria o de la inflación, se trata de corregir la desigualdad de los valores alterados a través del tiempo por la depreciación monetaria o devaluación”*. [Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 271-2001 de fecha 19 de julio de 2001, las 10h00, dentro del juicio No. 90-2001]

4.11 Cabe recordar que la anterior Corte Suprema de Justicia, ante la pretensión del cobro de créditos en sucres al tipo de cambio vigente a la época del pago, previo a la dolarización de la economía ecuatoriana, indicó que:

“ ¼ todas las obligaciones en sucres pendientes de pago deberán pagarse en dólares de los Estados Unidos de América, a la relación fijada por el artículo 1 de la ley de Régimen Monetario y Banco del Estado que es la de veinticinco mil sucres por cada dólar. Las tasas de interés serán las que estaban vigentes hasta el 06 de enero del 2000, y de esa fecha en adelante las tasas fijadas en el artículo 06 de la Ley citada, en armonía con el artículo 10 de la misma. Es indudable que por la hiperinflación sufrida por el país se ocasionaren daños irreparables a la generalidad de sus habitantes; pero este es un padecimiento que tenemos que superarlo todos con el principio de solidaridad, que es el valor de los "sacrificios compartidos"... Si se

acepta la indexación en el pago de las prestaciones debidas por el Estado a los particulares, tendría que aplicarse también, por el principio de generalidad, a todos los otros casos de deudas de los particulares, con consecuencias económicas impredecibles; de ahí, que no proceda admitirse la indexación reclamada por el recurrente°. [Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 104-2002 de fecha 27 de mayo de 2002, las 09h30, dentro del juicio No. 280-01]

4.12 Como puede observarse, el máximo tribunal ordinario de justicia ha establecido que las acreencias en sucres sean pagadas en dólares de los Estados Unidos de América, al tipo de cambio de veinticinco mil sucres por cada dólar, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley para la transformación económica del Ecuador (que a su vez reformó el artículo 1 de la Ley de régimen monetario y Banco del Estado). En consecuencia, nuestra jurisprudencia desde antiguo ha aceptado la ejecución del tipo de cambio de veinticinco mil sucres por cada dólar, sin que ello se pueda considerar una infracción al artículo 7 del Código Civil.

4.13 Finalmente, cabe recordar que estos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 12-2001 R.O. 288 de 20 de marzo de 2001, Resolución No. 271-2001 R.O. 418 de 24 de septiembre de 2001 y Resolución No. 104-2002 R.O. 627 de 26 de julio de 2002), constituyeron fallos de triple reiteración conforme a las reglas para jurisprudencia vinculante vigentes a la época. En vista de ello, y tomando en consideración los efectos ultractivos de las normas legales que establecieron el tipo de cambio sucre-dólar para el proceso de dolarización de nuestra economía; que el tribunal a quo haya aplicado estas normas respeta reglas de juego previamente establecidas y, por tanto, no infringe el derecho a la seguridad jurídica. Siendo así, no procede la alegación de falta de aplicación del artículo 82 de la Constitución de la República.

4.14 En consecuencia, no prosperan las alegaciones absueltas en este apartado, correspondientes a la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.

Sobre la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil y de la correlativa falta de aplicación de

los artículos 323 de la Constitución de la República, de los artículos 659, 663, 1575.1, 1607 y 2397 del Código Civil y de los artículos 60 y 95 numerales 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil.

4.15 El casacionista centra sus argumentos en que existe una aplicación indebida del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, pues considera que el tribunal *a quo* no debió declarar el error esencial en la pericia ya realizada en la especie con base en que ^a *no consta en tal fallo el reconocimiento de intereses a dichos valores; en consecuencia, tampoco podía la perito incorporar esos valores en su liquidación°*.

4.16 Estima que la apreciación del tribunal de origen es errónea pues los intereses son un atributo que es inmanente a un capital en forma natural por mandato de la ley, por lo que para que una persona no tenga derecho a percibir un interés se requiere que ella haya renunciado a él o que el juez expresamente en sentencia declare que no debe recibirlo. Por añadidura, invoca la falta de aplicación de los artículos 323 de la Constitución de la República, de los artículos 659, 663, 1575.1, 1607 y 2397 del Código Civil y de los artículos 60 y 95 numerales 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil.

4.17 En primer lugar, hay que indicar que la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere a vicios *in iudicando*, es decir ^a *lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho que son las que constan en cualquier código o ley vigente, incluido los preceptos jurisprudenciales. Recae sobre la pura aplicación del derecho. Si la sentencia viola conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay error de juicio del juzgador, por eso, se llama violación directa de la ley°* [Gaceta Judicial Serie XVI No. 3 Pág. 659]

4.18 En este punto se observa que se han invocado tres disposiciones del Código de Procedimiento Civil, que establecen las reglas para fijar la cuantía de los juicios (artículo 60), reglas para la notificación del traspaso de un crédito (artículo 95) y la regla de error esencial en la prueba pericial (artículo 258).

4.19 Cabe recordar que nuestra jurisprudencia menciona desde antiguo lo siguiente: *“En el proceso se observa que se incluye indebidamente en esta causal, normas de derecho adjetivo. Esto es incompatible con la naturaleza de esta causal, pues a través de ella se protege la esencia y contenido de la norma de derecho sustantivo incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, resultando inapropiada su invocación respecto a errores relacionados con la violación de la ley adjetiva”* [R.O. Suplemento No. 545 de 19 de marzo de 2009, pág. 21]

4.20 Se observa en el presente caso que las disposiciones jurídicas antes mencionadas no tienen naturaleza sustantiva o de derecho de fondo, pues refieren a la ritualidad de los juicios o a la regulación probatoria judicial. A efectos de interponer este recurso extraordinario, existen causales propias para la invocación de las disposiciones de tales caracteres; por lo tanto, no son procedentes en el contexto de la causal que se atiende.

4.21 A continuación, cabe analizar el artículo 323 de la Constitución de la República y el vicio acusado por el casacionista. Esta disposición constitucional erige la prohibición de confiscación. Al respecto, el recurrente indica que *“si se le permite al Banco no pagar intereses ello equivaldría a judicialmente admitir la realización de una confiscación”*. Con relación a la confiscación, este alto tribunal ha indicado desde la vigencia de la Constitución de 1998, que *“La confiscación que prohíbe el artículo 33 de la Constitución es el despojo absoluto del patrimonio de una persona por parte del Estado o de sus instituciones, que da por resultado la pérdida total de los bienes confiscados sin resarcimiento alguno”*. [Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 271-2001 de fecha 19 de julio de 2001, las 10h00 dentro del juicio No. 90-2001]. En la especie, la denegatoria de intereses no puede considerarse confiscatoria, ya que no es una pérdida total de los bienes o acreencias a favor del accionante. Por lo dicho, este cargo no puede prosperar.

4.22 Luego de ello, corresponde pronunciarse sobre distintas disposiciones del Código Civil cuya falta de aplicación acusa el casacionista, siendo estas las siguientes: la clasificación entre frutos naturales y civiles (artículo 659), la definición de frutos civiles (artículo 663), la regla de pago de intereses en caso de indemnización de perjuicios por la mora en el cumplimiento de una obligación de pago de dinero (artículo 1575 número 1), la regla sobre la

extensión del pago de intereses (artículo 2391). Los argumentos se centran en indicar que todo capital exigible genera intereses, que son frutos civiles del capital, señalando que en la entidad demandada le debe intereses legales desde que la obligación se hizo exigible, esto es, desde octubre de 1989. Añade que el dueño del capital no es dueño de los frutos porque una sentencia lo diga o no, sino porque lo manda la ley.

4.23 En este punto, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias surten efectos irrevocables de las partes que siguieron el juicio y sus sucesores en derecho. Es por ello que el segundo inciso del artículo 2 de la Ley de Casación permite que se proponga este recurso en contra de providencias dictadas en la fase de ejecución del fallo, recordando que su finalidad se centra en lo siguiente: *“El eje del recurso es la existencia de la cosa juzgada, de manera que, para que pueda ser casada una providencia de las señaladas en el inciso segundo del artículo 2 en análisis, la discrepancia o “desajuste” se debe dar con lo ejecutoriado”* [Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador* (Quito: UASB, 2005), 101].

4.24 Como se ha podido observar, la procedibilidad del recurso en contra de providencias en fase de ejecución está orientada a la protección de la cosa juzgada. En la especie, el casacionista pretende por medio de la invocación de las disposiciones mencionadas que se le concedan los intereses sobre el capital ordenado a pagar en sentencia, que deberían correr desde la fecha en que efectivamente debieron pagarse, concretamente desde el año 1989.

4.25 En la especie, dichos intereses no fueron parte de la pretensión concreta en su demanda, ni tampoco fueron ordenados en la sentencia que se está ejecutando. En este punto, cabe recordar que nuestra doctrina judicial ha reconocido que se pueden conceder intereses cuando no se hayan expresamente demandado, pero en casos concretos. Ejemplo de ello es el caso de intereses no demandados expresamente, pero en la que sí se ha reclamado el lucro cesante. Así, el máximo tribunal de justicia ha indicado:

“TERCERA.- El otro cargo formulado en el recurso de casación, por la causal 4 de la ley de la materia, de que en la sentencia se ha incurrido en el vicio de ultra petita o extra petita al condenarse al demandado al pago de intereses que no han sido

reclamados en la demanda, con quebrantamiento de lo dispuesto por el Art. 277 Código de Procedimiento Civil, tampoco es admisible por las siguientes razones: a) En la demanda se concreta en forma precisa la pretensión de que la compañía demandada pague a la actora los daños y perjuicios ocasionados que se refieren a daño emergente y lucro cesante, los mismos que los estima en la suma de doce millones de sucres. b) Si el daño emergente es el valor en sí de la prestación, es decir los resultados que debieron producirse y no lo hicieron por el no cumplimiento de la obligación contratada, el lucro cesante es pues la ganancia o provecho que se pudo obtener por el no cumplimiento del contrato. El interés está tan íntimamente vinculado con el lucro cesante que no es posible hacer una exclusión al tratarse de una indemnización de daños y perjuicios, de allí que el numeral segundo del Art. 1602 del Código Civil, dispone que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses, en tal caso basta el hecho del retardo° [Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución de fecha 22 de septiembre de 1998, las 10h00 dentro del juicio No. 844-94. R.O. 59 de 4 de noviembre de 1998]

4.26 Adicionalmente, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emitió la Resolución No. 08-2016 (R.O. Suplemento 894 de 1 de diciembre de 2016), en ejercicio de su facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, indicando en su artículo 1 lo siguiente: *“En los juicios individuales de trabajo sujetos al trámite sumario de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos, en que la persona trabajadora demande el pago de remuneraciones mensuales, décimo tercera, décimo cuarta remuneraciones, vacaciones devengadas y no canceladas y la pensión jubilar patronal mensual y vitalicia, en caso de sentencia condenatoria, las juezas y jueces y tribunales de instancia dispondrán el pago de intereses aun cuando no se lo hubiera solicitado en la demanda, que se calcularán a partir de la fecha en que hizo exigible la obligación^{1/4}° [Lo destacado nos pertenece]*

4.27 Como puede observarse, no nos encontramos en el caso mencionado en la jurisprudencia citada en el párrafo 4.25, dado que en la presente acción no se ha reclamado en la demanda lucro cesante alguno. Tampoco nos encontramos en el supuesto de la resolución mencionada en el párrafo anterior, pues el mismo se encuentra en el contexto de reclamos de varios

haberes laborales regidos por el Código del Trabajo. Cabe puntualizar que la pensión jubilar patronal exigida por el accionante en su demanda (párr. 2.1) y concedida en la sentencia que se ejecuta (párr. 2.2 y 2.3), no corresponde al beneficio regulado en el Código del Trabajo, sino a un beneficio de empleo público concedido mediante regulaciones del ente público empleador.

4.28 Tampoco nos encontramos en el caso, ni ha sido invocado por el casacionista, de disposición legal alguna que ordene expresamente a los juzgadores el reconocimiento de intereses sobre el pago de créditos o haberes, como para otros supuestos serían los casos del artículo 614 del Código del Trabajo antes de su derogatoria por la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos o el artículo 23 letra h) de la Ley Orgánica del Servicio Público.

4.29 No encontrándonos en ninguno de esos supuestos, las alegaciones que pretenden el cobro de intereses desde la fecha en que debió cumplirse con el pago de las pensiones jubilares están orientadas a alterar lo dispuesto en la sentencia ejecutoriada en la especie, improcedente revisión de la cosa juzgada acaecida en esta especie y que por tanto excede el alcance del recurso de casación sobre autos de ejecución conforme el segundo inciso del artículo 2 de la Ley de la materia.

4.31 En mérito de lo expuesto, no pueden prosperar los cargos relacionados a los artículos 659, 663, 1575.1, 1607 y 2397 del Código Civil. Sin perjuicio de ello, ante las alegaciones del accionante sobre el retardo en la ejecución de su sentencia, cabe recordar que el artículo 75 de la Constitución de la República erige el derecho a la tutela judicial efectiva. En este contexto, la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido de la tutela judicial efectiva y al hacerlo ha sostenido consistentemente que esta se compone de tres supuestos, a saber: 1. El acceso a la administración de justicia; 2. La observancia de la debida diligencia; y, 3. La ejecución de la decisión. [Corte Constitucional del Ecuador sentencia N°. 1943-12-EP/19, entre otras]

4.32 Sobre este tercer parámetro de ejecución de la sentencia, el máximo intérprete de la Constitución ha indicado lo siguiente:

“39. En relación con el tercer componente de la tutela judicial efectiva, esta Corte ha señalado que los procesos jurisdiccionales únicamente terminan con la ejecución integral de la decisión, que incluye la ejecución de las medidas de reparación integral. De ahí que el incumplimiento total o cualquier cumplimiento parcial, defectuoso, extemporáneo o aparente de la decisión, puede tener como consecuencia una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita.” [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 145-15-EP/20, párr. 39]

4.33 En la especie se observa que la sentencia cuya ejecución origina el acto impugnado se encuentra ejecutoriada desde hace varios años, y que su parte dispositiva se encuentra relacionado con pagos de haberes exigibles desde hace décadas. En ese contexto, debe destacarse el deber de los juzgadores en procurar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, que se podría ver afectado por un cumplimiento defectuoso o extemporáneo de la decisión pasada por autoridad de cosa juzgada, conforme ha indicado nuestra Corte Constitucional. Por tal consideración, se recuerda al tribunal *a quo* que el sistema procesal nacional le ofrece herramientas para tomar las medidas adecuadas a fin de ejecutar la decisión, entre ellas el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

V. Decisión

5.1 En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **rechaza** el recurso de casación interpuesto por el ingeniero Luis Oswaldo Del Pozo Zabaleta, y por lo tanto decide **no casar** auto de fecha 18 de junio de 2019, las 16h25, emitido 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)

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA
CONJUEZA NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL



153958306-DFE

Juicio No. 01803-2018-00194

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, jueves 15 de julio del 2021, las 14h55. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Fabián Patricio Racines Garrido fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 202. **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)** Conforme lo establecido en el artículo 2 de la Resolución No. 04-2021 y considerando la nueva integración de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se dispuso el resorteo total de los procesos judiciales. **d)** El 20 de abril 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 Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño, este último en calidad de Juez ponente, según consta en el acta incorporada al proceso. **e)** Somos el Tribunal competente para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia dictada el 21 de noviembre de 2019, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00194, deducido por el ingeniero Hernán Marcelo Cornejo Guamán en contra del Contralor General del Estado y de la Procuraduría General del Estado, resolvió declarar con lugar parcialmente la demanda, esto es, la nulidad de la Resolución No. 4843 de 01 de septiembre de 2017 emitida por el Subcontralor General del Estado.

1.2.- El Director Provincial del Azuay de la Contraloría General del Estado, interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia.

1.3.- Con auto de 12 de febrero de 2020, el Conjuetz Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación propuesto por la entidad pública con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP.

1.4.- Con auto de sustanciación de fecha 26 de mayo de 2021 se convocó para el día martes 06 de julio de 2021, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del COGEP.

1.5.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció de manera virtual la entidad recurrente mediante su defensa técnica debidamente acreditada para el efecto. Los abogados de la entidad recurrente fundamentaron su recurso en base a la causal admitida a trámite; de su parte, el actor acompañado de su abogado defensor contestó el cargo acusado en el recurso. Luego de escuchar las intervenciones de las partes procesales registradas en el audio que consta agregado al proceso, 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 fase impugnatoria.

2.2.-Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2019 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00194, ha incurrido en el yerro acusado por la entidad pública recurrente; esto es, de conformidad con el artículo 268 del COGEP, el recurso admitido se sustenta en el caso segundo, por cuanto se aduce que la sentencia no cumple con el requisito de motivación. 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 segundo, y que motiva la presente impugnación, se configura cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. Se advierte entonces, que la causal invocada se encuentra

conformada por tres formas de error: el primero, se refiere a la falta de requisitos exigidos por la ley; el segundo, cuando en la parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; el tercero, hace referencia al requisito de motivación; en tal virtud, el recurrente debe identificar de forma diáfana y precisa las circunstancias bajo las cuales se constituyó el vicio que atribuye al fallo, sin incurrir en imputaciones generales e imprecisas que se separen de la naturaleza extraordinaria que caracteriza al recurso de casación.

3.2.- En ese orden, la entidad recurrente, con propósitos de fundamentar su recurso de casación con sustento en el cargo invocado, en lo pertinente ha señalado: *“Como se puede ver claramente de la consideración realizada por el Tribunal en su sentencia, reconoce la existencia de un contrato complementario no es tomando en consideración por los señores Jueces, y motiva su fallo, únicamente en el contrato principal, para indicar que no se ha producido un pago indebido, al tener dicho pago sustento contractual, cuando precisamente el pago indebido, al tener dicho pago sustento contractual, cuando precisamente el pago indebido se produce, al haberse realizado el desembolso, sin considerar, las cláusulas del contrato complementario, que como su nombre lo indica, complementa, el principal, en aspectos que no se encontraban establecidos inicialmente. Lo expresado por el Tribunal, en el hecho de haber plasmado aquellas consideraciones, no necesariamente implica la existencia de una debida motivación, conforme lo manda el texto constitucional y los parámetros exigidos por la Corte Constitucional, ya que, frente a la responsabilidad determinada por el Organismo de Control, que es el motivo mismo de la responsabilidad, la Contraloría General del Estado sustenta, justifica y motiva su resolución, sin embargo el Tribunal considera indebida motivación por cuanto el objeto del contrato o la realización de la obra se cumplió, pero en su sentencia, el Tribunal, no considera que el elemento de estudio que debía ser analizado, pues de su aplicación dependía la responsabilidad civil establecida, era el Contrato Complementario denominado: EXCAVACIÓN EN ALUVIAL A MAQUINA, creado con el índice Rubro F6 303-2(2) ya que el relleno se realizó con hormigones, bolsacretos y material de mejoramiento y no se utilizó materiales de sitio, ocasionando que se pague al Contratista valores en más por el valor de 147.416,75 USD, con el Rubro B. 1307-2(2) EXCAVACIÓN Y RELLENO DE PUENTES, mismo que existía en el Contrato Principal. El perjuicio económico sufrido por la entidad auditada, y que no lo considera el Tribunal en su fallo, se produce por el pago de planillas por excavación de 35.694,13 metros cúbicos, ya que con el Contrato Complementario el costo de excavación era de 125.286,40 USD y el existente en el Contrato Principal era de 272.703,15 USD, aquí en donde radica la diferencia de 147.416,75 USD. Al ser un pago en más al contratista, este debe ser recuperado por medio de una Orden de Reintegro, siendo responsables subsidiarios los servidores públicos que posibilitaron este pago, en el caso que nos ocupa, el hoy accionante. El tribunal toma su decisión en forma general, fundamentándose que se cumplió con la obra, sin*

importar con que rubro se pagó; sin considerar la existencia de un Contrato Complementario que se suscribió para el pago de dicha excavación, misma que era el objeto del examen realizado por el Ente de control. Produciéndose precisamente aquí, la falta de motivación en que incurren los Señores jueces del tribunal en su fallo que es materia del presente recurso, toda vez que para que la sentencia, que se debía hacer el análisis correspondiente de este contrato y el por qué, en la decisión que toman, lo hacen considerando el rubro del contrato principal, y así mismo, debían sustentar y motivar en la sentencia, el por qué, el contrato complementario, no era aplicable y con ello fundamentar el "error" que comete el Organismo de Control al establecer la responsabilidad civil; el simplemente manifestar que el contrato se cumplió y no realizar ninguna otra consideración o sustento de la aplicación de tal o cual rubro, y que por ello no se produce el perjuicio económico, evidencia la falta de motivación en que incurren los señores Jueces en su sentencia".

3.3.- Con el objeto de circunscribir el punto de debate casacional, corresponde remitirse al contexto argumentativo de la sentencia impugnada, la misma que en relación a las circunstancias del vicio acusado, ha señalado: *"7.1.- El fundamento de la resolución emitida por la Contraloría General del Estado, es que existió un*

pago en más, por un rubro que no se encontraba considerado en el contrato complementario, debiendo precisarse que como bien lo afirman las partes, este contrato complementario fue firmado para incluir rubros que no se encontraban considerados en el contrato principal.- De la lectura de la resolución impugnada, cabe hacer necesaria mención de las siguientes afirmaciones: i.- La especificación técnica integrante del contrato para la construcción del puente sobre el río Bomboiza suscrito el 15 de junio de 2010, para el rubro: excavación y relleno para puentes, manifiesta: ...Descripción. - Este trabajo consistirá en la excavación en cualquier tipo de terreno y cualquier condición de trabajo necesario para la construcción de cimentaciones de puentes y otras estructuras, además de la excavación de zanjas para la instalación de alcantarillas, tuberías y otras obras de arte...- El relleno para estructuras consistirá en el suministro, colocación y compactación del material seleccionado para el relleno alrededor de las estructuras....- Medición.-.; El volumen de excavación para puentes se... computará por separado a efectos de pago - El volumen de relleno de cimentaciones a pagarse será el número de metros cúbicos, medidos en la posición final del material de relleno para estructuras, realmente suministrado y colocado debajo de la cota establecida para el lecho de la cimentación de una estructura o

alcantarilla, para conseguir una cimentación aceptable...- Pago.- Estos precios y pagos constituirán la compensación total por la excavación y relleno para estructuras, el control y evacuación de agua, así como por la construcción y remoción de ataguías.... Es decir si se consideró en el contrato principal, el rubro excavación y relleno para puentes. ii.- El 01 de diciembre de 2010, se suscribió el

contrato complementario de obra, creando el rubro: excavación en aluvial a máquina, con el sufijo 303-2 (2), que de acuerdo a las especificaciones técnicas del manual MOP-001-F-2002, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, corresponden a excavación de suelos para plataformas de camino, y no para la construcción de puentes.º, es decir se pudieron percatar en primer lugar que el rubro excavación en aluvial a máquina, no fue creado en atención a las especificaciones técnica del manual MOP-001-F-2002, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y segundo que el mismo, no era pertinente para el tipo de obra que se estaba ejecutando.- iii.- ª Habiéndose registrado, hasta la planilla número 29, correspondiente al mes de junio de 2014, un volumen de excavación de 35 694,13 m³, al utilizar el rubro B.1 307- 2(2) la entidad canceló 272 703,15 USD, mientras que, al emplear el rubro F6 303 -2(2), el valor correspondiente es de 125 286,40 USD, lo que da una diferencia de 147.416,75 USD cancelados, en más, al Contratista.º, es decir no está en duda la existencia de la obra, sino el rubro con el que la misma fue cancelada. (¼) El perjuicio al Estado se lo establecerá mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido, de conformidad con el Art. 53 de la norma ibidem, la que incluye el procedimiento y plazos a cumplirse, indicando que en estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de que, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad puedan solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contados a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa.- La misma norma impone los parámetros para entender el pago indebido, al que describe como cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido sólo parcialmente. En el presente caso, sí está considerado dentro del contrato principal, el rubro de excavación y relleno para puentes, de ahí que exista fundamento contractual para su pago y la obra ha sido efectivamente realizada, conforme se desprende la lectura de la resolución impugnada. La naturaleza de una responsabilidad civil culposa, y por ende de la orden de reintegro, genera una obligación jurídica indemnizatoria cuando se ha causado perjuicio económico a las instituciones del Estado, conforme lo establece el Art. 52 de LOCGE. El Tribunal sostiene que en el presente caso no se perfecciona tal presupuesto, ya que se cumplió con el objeto del contrato, por lo tanto, al no haberse determinado la existencia de un pago indebido, tampoco corresponde se determine la responsabilidad civil culposa subsidiaria en contra del accionante, lo que conlleva que la presente resolución se encuentre indebidamente motivada, acarreando como consecuencia su nulidadº.

3.4.- La motivación como garantía constitucional y presupuesto fundamental de las resoluciones judiciales se encuentra investida de una destacada relevancia puesto que contiene los elementos justificativos de contenido lógico, crítico y valorativo que dan forma y sustento a la decisión judicial. Según la enseñanza de SAVIGNY *“la sentencia es un todo único e inseparable; entre los fundamentos y lo dispositivos medida una relación tan estrecha que unos y otros no pueden ser nunca desmembrados sino se desea desnaturalizar la unida lógica y jurídica de la decisión”*. (SAVIGNY citado por Eduardo COUTURE, Fundamentos del derecho procesal civil, 5ta edición, Buenos Aires 2005, página 347).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que la motivación *“es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. Esta garantía es relevante toda vez que se relaciona con la correcta administración de justicia y busca evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas”*. (Corte IDH. Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, párrafo 268°)

De su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en recientes pronunciamientos sobre la garantía constitucional de la motivación, ha señalado que: *“En términos positivos, para que se considere que hay motivación, los juzgadores en la sentencia deben al menos i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron y ii) explicar de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*. (Sentencia No. 1285-13-EP /19 de 04 de septiembre de 2019).

3.5.- En la especie, para efectos del análisis que nos corresponde, es pertinente remitirse a lo dispuesto en el artículo 53 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que establece que el perjuicio económico producto de una responsabilidad civil se establecerá *“Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido sólo parcialmente”*.

Debe precisarse varios elementos constitutivos de la responsabilidad civil, y que deben demostrarse inequívocamente por parte del ente de control en su acto de determinación, así en un primer momento nos vamos a referir a la culpa. Al respecto, para efectos de que se verifique y constate el elemento culpa dentro del procedimiento de control administrativo, debe evidenciarse la acción u omisión culpable, como sustento jurídico del incumplimiento de las atribuciones, deberes, obligaciones y estipulaciones relacionadas directamente con las funciones del servidor público auditado y que son de

su exclusiva responsabilidad y competencia. La culpa es entendida como la omisión de la conducta debida, producida por imprudencia, negligencia o inobservancia de la normativa legal vigente, por lo que el ente de control cuando afirma la culpa debe de probarla.

3.6.- Ahora bien, es fundamental precisar que el presupuesto determinante de la responsabilidad civil vía Orden de Reintegro, es que se haya producido un ^a pago indebido^o, esto es un egreso económico público sin *“fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente”*, conforme lo señala el artículo 53 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Esta es la circunstancia constitutiva de la responsabilidad civil vía orden de reintegro, que la diferencia de la responsabilidad civil vía glosa, prevista en el numeral 1 del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; es decir, conceptualmente estos dos tipos de responsabilidades civiles parten de un hecho generador diferenciado, y así debe entenderlo y precisarlo la Contraloría General del Estado en sus actos de determinación de responsabilidades.

En ese orden, es pertinente remitirse al autor Luis Hidalgo López, en su obra ^aLa responsabilidad civil de los empleados públicos^o (Quito: Pudeleco Editores S.A. 1996, págs. 141-142), que sobre la determinación legítima de una orden de reintegro, señala que para su configuración: *“es requisito que el desembolso indebido sea debido a una obligación de la entidad sin causa jurídica o por causa ilícita, sí no es así, hay la probabilidad de que el reintegro cause a la entidad un enriquecimiento sin causa”*.

3.7.- En atención a las consideraciones anotadas, se advierte que el Tribunal de instancia dentro del contexto motivacional incorporado en el fallo impugnado, ha hecho una relación adecuada respecto a las cláusulas previstas tanto en el contrato principal, así como en el contrato complementario, llegando a la conclusión de que *“se consideró en el contrato principal, el rubro excavación y relleno para puentes. ii.- El 01 de diciembre de 2010, se suscribió el contrato complementario de obra, creando el rubro: excavación en aluvial a máquina, con el sufijo 303-2 (2), que de acuerdo a las especificaciones técnicas del manual MOP-001-F-2002, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, corresponden a excavación de suelos para plataformas de camino, y no para la construcción de puentes”*.

De esta manera, se precisa que el rubro de excavación y relleno para ^apuentes o estructuras^o fue cancelado conforme a los términos de referencia y especificaciones técnicas establecidos en el contrato principal, no correspondiendo hacerlo conforme el contrato complementario; es decir, el pago realizado tenía sustento contractual, primer elemento que compromete la validez de la determinación de responsabilidad civil. Por otra parte, se constata la inexistencia de perjuicio económico a las arcas

fiscales, pues como bien señala la sentencia recurrida ^a *no está en duda la existencia de la obra, sino el rubro con el que la misma fue cancelada*^o. Tenemos entonces que la prestación cierta y probable de una obra, bien o servicio en beneficio de una entidad pública, y que por tanto ingresa al patrimonio estatal, destruye la existencia de un perjuicio económico, deviniendo los presuntos hallazgos u omisiones en cualquier otro de tipo de responsabilidad; y, en el caso de una orden de reintegro, debe prevenir un pago indebido, supuestos constitutivos que como se mencionó no se han evidenciado en el caso materia de análisis conforme ha sido recogido en la sentencia recurrida.

3.8.- Por lo expuesto, bajo los argumentos que constan esgrimidos en el fallo y que esta Sala de Casación concuerda, se resolvió explícitamente sobre el objeto de la controversia, esto es, se conoció, examinó y se pronunció fáctica y jurídicamente sobre las circunstancias que han generado la nulidad del acto administrativo de determinación de responsabilidad civil en lo guarda relación al actor; en tal virtud, en el encadenamiento de la estructura considerativa y resolutive de la sentencia se advierte una relación clara y lógica entre sus exposiciones, argumentos y fundamentación legal con la decisión adoptada; es así que, la entidad recurrente en su recurso de casación no ha logrado demostrar con absoluto sustento que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de motivación. El hecho de que la parte motiva de la sentencia no coincida con sus criterios o no satisfaga los intereses procesales de la entidad de control, no es proposición suficiente para que el cargo previsto en el caso segundo pueda progresar, por lo que el mismo deviene en improcedente.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del Azuay de la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia, no casa la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2019 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2018-00194.- 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)

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL (E)

**NADIA
FERNANDA
ARMIJOS
CARDENAS**

Firmado digitalmente
por NADIA FERNANDA
ARMIJOS CARDENAS
Fecha: 2023.11.23
09:42:18 -05'00'



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Atención ciudadana
Telf.: 3941-800
Exts.: 3133 - 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.