

RESOLUCIÓN No. 530-2016

JUICIO No. 58-2014

JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGUIDO
POR DELGADO CONSTRUCTORES DELCON CIA. LTDA.
CONTRA LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO Y
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO (DIRECTOR
REGIONAL DE LOJA DE LA PROCURADURÍA GENERAL
DEL ESTADO), REMITIDO A LA CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA POR RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO
POR LA PARTE ACTORA.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Recurso de casación No. 58-2014

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-****JUEZ PONENTE:** Dr. Pablo Tinajero Delgado

Quito, 27 de abril de 2016, a las 12h23.-

VISTOS: En virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** el 28 de octubre del 2014 se sorteó el Tribunal de jueces para la causa No. 0058-2014, quedando conformado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Maritza Tatiana Pérez Valencia y Juan Gonzalo Montero Chávez, este último como Juez ponente; **c)** la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **d)** la Resolución N° 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la que se resolvió la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **e)** del acta de sorteo de 29 de enero de 2015 se desprende que las causas que se encontraban en conocimiento del doctor Juan Gonzalo Montero Chávez como Juez ponente, corresponden su conocimiento al doctor Pablo Tinajero Delgado, en la misma calidad que tenía el Juez saliente; **f)** Agréguese al proceso los escritos presentados por el arquitecto Sebastián Arturo Delgado Valdivieso el 28 de agosto de 2015 y el 5 de febrero de 2016; **g)** Avocamos conocimiento de la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación, así como los artículos 1 y 4 de la Resolución No. 2-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo, expidió sentencia el 28 de noviembre de 2013, dentro del proceso No. 2013-0449,



Recurso de casación No. 58-2014

seguido por el arquitecto Sebastián Arturo Delgado Valdivieso, Gerente y representante legal de Delgado Constructores DELCON CIA. LTDA, en contra de la Contraloría General del Estado; en la cual se resolvió que se rechaza la demanda por haber caducado la acción.

1.2.- El 03 de diciembre de 2013, el arquitecto Sebastián Arturo Delgado Valdivieso, Gerente y representante legal de Delgado Constructores DELCON CIA. LTDA, solicitó la aclaración de la referida sentencia.

1.3.- El 10 de diciembre de 2013 los jueces de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo negaron la mencionada solicitud de aclaración.

1.4.- El 17 de diciembre de 2013, la parte actora presentó recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.5.- El 09 de enero de 2014, las 14h47, la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo calificó el recurso.

1.6.- El Tribunal de Conjuces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 01 de octubre de 2014, las 16h43, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2013 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo, en la que se rechazó la demanda por caducidad de la acción, adolece de los yerros acusados por



Recurso de casación No. 58-2014

el recurrente para declarar su ilegalidad y/o nulidad, esto es, por los vicios señalados en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- Argumentos del arquitecto Sebastián Arturo Delgado Valdivieso, Gerente y representante legal de DELGADO CONSTRUCTORES DELCON CIA. LTDA para proponer su recurso de casación.- Como ya se dijo, el recurrente fundó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. A continuación, se va a analizar por separado lo que adujo el recurrente:

2.3.1.- Con relación a la causal por falta de aplicación del numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.- El recurrente señaló que los jueces del Tribunal de instancia no aplicaron la norma que más favorece a la efectiva vigencia de los derechos; y, que la actuación del Tribunal de instancia significa violación a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 75 de la Constitución, cuyo contenido básico es el derecho del acceso a la jurisdicción y a una resolución fundamentada respecto al fondo del asunto; la motivación de las resoluciones judiciales; y, el derecho a los recursos y a la ejecución de las sentencias, principios que han sido anulados al declarar la caducidad de la acción sin aplicar la norma que de manera más amplia permite el acceso a la jurisdicción por parte de su representada al no invocar los juzgadores el referido numeral 5 del artículo 11 de la Norma Suprema. Por lo anterior, es necesario indicar que la falta de aplicación se produce cuando se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión. Al respecto, la Sala concuerda con el criterio que se halla expuesto en la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, el 19 de septiembre de 2000 dentro del proceso No. 327-2000, la que se motivó en lo siguiente: "**SEGUNDO.-** El Art. 18 inciso segundo (427) de la Constitución de la República, recoge el principio 'favoritas leguen' del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, relativo a que toda norma 'en materia de derecho y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia'. Se otorga rango constitucional al principio de favorabilidad, por el cual mediante un criterio de hermenéutica jurídica, se debe



Recurso de casación No. 58-2014

acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de derechos protegidos. Este principio debe ser concordado con los contenidos en el Art. 17 (11) de la misma Carta Fundamental, que prevé el de no discriminación, eficacia y pro homine que el Estado, garantizará a sus habitantes en materia de derechos humanos ´establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.” La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia el 13 de mayo de 2011, dentro del expediente de casación No. 127-2011, señaló: **“QUINTO.-** *El reconocimiento del derecho de toda persona a llegar a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en la indefensión, ´es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la correcta convivencia social, asume el monopolio de la composición de los litigios y proscribe la autodefensa´; razón por la cual ´el Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia - sin la cual no existe orden ni derecho- y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido por los ciudadanos´. ´Este derecho fundamental, que en primer término supone una garantizada posibilidad de acceso a la jurisdicción, tiene relación con el derecho de acción... Por esta razón la Constitución, además del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez, dispone la celeridad procesal, proscribe la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habrá la deseada efectividad en la administración de justicia´; todo lo cual lleva a concluir que ´los requisitos legales para el acceso a la jurisdicción y a los recursos... deben ser razonables y obligan a la interpretación más favorable al pleno ejercicio del derecho´, e, igualmente, que ´el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes´ (Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Ob. Cit., páginas 41 a 47).”* (Edición Especial No. 336 del 18 de septiembre de 2012). En lo que respecta a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional, en resolución que dictó el 26 de marzo de 2014 dentro del expediente No. 057-14-SEP-CC, señaló: *“El argumento presentado por el*



accionante hace referencia a la obligación jurisdiccional de proveer protección a los derechos e intereses de las personas por medio del ejercicio de la potestad de administrar justicia. Dicha obligación nace del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, recogido en el artículo 75 de la Constitución de la República (...) La tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, al constituir la piedra basal sobre la que se asienta el sistema de administración de justicia en el modelo de Estado diseñado en la Constitución de la República, ha sido objeto de varios pronunciamientos efectuados por esta Corte. En uno de ellos ha señalado: 'A la hora de definir e interpretar el alcance de la tutela jurisdiccional efectiva, se podría indicar en términos generales que este constituye el derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas'. (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 006-13-SEP-CC, caso No. 0614-12-EP.) La importancia de la tutela judicial efectiva en el orden constitucional ha sido resaltada por la Corte Constitucional, del siguiente modo: 'La tutela judicial efectiva (...) [e]s un derecho que **permite la viabilidad de todos los demás derechos** constitucionales, así como de aquellos **derivados de fuentes inferiores**, siempre que sea requerida la intervención del Estado para su protección. En tal sentido, **su satisfacción no se agota en la existencia de la justicia constitucional, sino en la puesta a disposición de todas las personas de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias. Por lo tanto, la existencia de recursos en vía ordinaria también constituye una medida de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva**'. (El resaltado pertenece a esta Corte). (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 041-13-SEP-CC, caso No. 0470-12-EP.) El criterio de la Corte Constitucional, evidentemente, es plenamente aplicable al recurso de casación. El mismo busca garantizar la correcta aplicación de las normas jurídicas en los casos que son de su competencia, no solamente protegiendo la corrección del derecho en abstracto, sino la forma en que este afecta relaciones jurídicas concretas que involucran a los sujetos

- 32 -
- 3 -
fes
dis
SECRETARÍA

procesales. Es así que los tribunales de casación deben resolver los recursos puestos en su conocimiento, teniendo como principal directriz de análisis su labor de brindar protección a los derechos involucrados. Esta obligación, sin embargo, debe ser tasada en su justo peso, tomando en cuenta la naturaleza excepcional de un recurso extraordinario, como es la casación. Como bien señalan los jueces en el auto que resuelve el pedido de aclaración y ampliación, la casación ‘... es un recurso eminentemente técnico, independiente, especial, no se puede asimilar a una tercera instancia, mediante la cual se pretenda revisar todo el proceso, pues el recurso de casación es excepcional’.” (Suplemento del Registro Oficial No. 237 del 02 de mayo de 2014). Por lo tanto, al hallarse los jueces ante dos normas de la misma jerarquía que establecen plazos distintos para el planteamiento de los recursos de plena jurisdicción o subjetivos, debe decidirse por aquella que sea más favorable al administrado, precautelando la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas, es decir, en este caso se debió aplicar el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en detrimento del inciso tercero del artículo 63 de la misma Ley, ya que este último es más restrictivo. En consecuencia, no ha caducado el derecho del actor para interponer su recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra de la resolución No. 2408 de 09 de julio de 2010, notificada el 20 de diciembre de 2010. A su vez, en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia no se consideraron los referidos principios constitucionales y se dejaron de aplicar el numeral 5 del artículo 11 y artículo 75 de la Constitución, como fue alegado por el recurrente, razón por la que se acepta el recurso de casación por ese extremo.

2.3.2.- Respecto de la causal por indebida aplicación del numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- El recurrente señaló que esta norma contentiva de las reglas para la solución de antinomias no es aplicable al caso, ya que la controversia no está sometida a la jurisdicción constitucional sino contencioso administrativa. A su vez, indicó que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no establecen como norma supletoria a la Ley Orgánica



33-
-4-
cuato
fres
fres

Recurso de casación No. 58-2014

de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Alegó también que la norma de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que debió aplicarse es el numeral 1 del artículo 2 de ésta, en virtud de la cual, si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona, principio en razón del que procede aplicar el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ya que éste es el que más favorece el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de su representada, al contemplar un término más amplio para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, norma especial respecto del artículo 63 de la misma Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Es indispensable iniciar por indicar que la indebida aplicación se produce cuando la norma ha sido entendida en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. Se debe tomar en cuenta que la normativa es complementaria, y que los jueces no pueden denegar la administración de justicia por falta u oscuridad de la norma, pudiendo acudir a otra norma con el fin de administrar justicia, aplicando la norma jurídica pertinente, como lo señala el numeral 2 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial. En este sentido, al no estar previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa las reglas para la solución de antinomias, se puede acudir a otra norma, ante lo que los jueces del Tribunal de Instancia, vale recalcar, acudieron al numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, acción totalmente válida. Además, el propio recurrente señala que se debió aplicar el numeral 1 del artículo 2 de la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, basamento confuso que no se subsume en el rigorismo y formalismo que se exige en el recurso de casación, ya que pone a los jueces de la Sala en la disyuntiva de elegir de oficio entre estas opciones contradictorias, lo que en derecho no corresponde, ya que la precisión y claridad en el fundamento del recurso es obligación del recurrente y no compete a los jueces actuar de oficio o adivinar cuál fue la intención de aquel al plantear su recurso. En lo que corresponde al otro planteamiento del recurrente, es indispensable señalar que la



expedición y entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es posterior a la de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que la primera entró en vigencia el 22 de octubre de 2009 y las otras dos leyes el 12 de junio de 2002 y el 18 de marzo de 1968, respectivamente, por lo que es jurídicamente imposible que estas dos últimas estableciesen expresamente como supletoria a la primera. En consecuencia, por las razones expuestas, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.3.3.- Respecto de la causal por errónea interpretación del inciso tercero del artículo 63 e inciso primero del artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- El recurrente adujo que existe indebida aplicación de estas normas y a su vez señaló que la interpretación errónea de la Sala respecto de estas mismas normas le condujo a rechazar la demanda por caducidad de la acción. Con el fin de pronunciarse sobre lo señalado por el recurrente, es necesario indicar que la Sala comparte el criterio que en sentencia expuso la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso No. 43-11, en la que señaló: *“QUINTA.- Los casacionistas invocan también la causal primera.- 5.1.- El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la*



Recurso de casación No. 58-2014

norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. (...) El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta.- Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. - 5.2.- (...) Mas, cada causal de casación se funda en una hipótesis diferente, por lo que una misma argumentación no puede servir de fundamento para dos o más causales; es decir que, no procede la combinación de causales y vicios, como además así lo enseña la doctrina: "Por cuanto las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes; tienen individualidad propia y, en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos



pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas" (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, 6a Ed. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág 280)". Por lo tanto, al haberse aducido por parte del recurrente la indebida aplicación del inciso tercero del artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y del inciso primero del artículo 70 de la misma Ley, y a su vez la errónea interpretación de estas mismas normas, causales que tienen distinta significación, aplicación y efectos, así como son excluyentes, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.3.4.- En cuanto a la causal por errónea interpretación del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- El recurrente adujo que la interpretación que se hizo en sentencia de esta norma supondría dos efectos jurídicos sustanciales: el primero, que como la Contraloría General del Estado no expidió la resolución No. 2408 de 09 de julio de 2010 dentro del plazo de sesenta días previsto en el inciso primero del artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, contado a partir del 10 de julio de 2008, fecha con la que admitió a trámite el recurso de revisión interpuesto en contra de la resolución No. 518 de 27 de agosto de 2007, su representada ya no podría alegar la incompetencia de la Contraloría General del Estado en razón del tiempo, a pesar de que fue emitida transcurridos dos años desde la fecha en la que debió emitirse. Ante lo aducido, corresponde señalar que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador, los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado pueden ser impugnados en la vía administrativa o judicial, obviamente dentro del término dispuesto en la ley, por lo que el administrado, al impugnar el acto administrativo, tiene derecho a alegar la incompetencia en razón del tiempo. En este sentido, la interpretación del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que hizo el Tribunal de instancia en la sentencia impugnada es errónea y coarta el derecho del administrado a acudir ante los órganos judiciales para ejercer su derecho. El segundo efecto señalado por el recurrente es que el administrado tendría como única opción esperar que se cumpla el plazo de sesenta días que la Ley concede a la



-35-
-6-
o.c.s.
sesenta
jane

Recurso de casación No. 58-2014

Contraloría General del Estado para que dicte resolución cuando se ha interpuesto recurso de revisión, y ante la inactividad de ese Organismo de Control, una vez vencido el mismo, podría interponer recurso subjetivo o de plena jurisdicción dentro de sesenta días y no dentro de noventa días como lo dispone el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Por lo anterior, corresponde establecer, como ya se señaló, que el término para impugnar este tipo de actos administrativos expedidos por la Contraloría General del Estado, es el señalado en el referido artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que es errónea la interpretación que hizo el Tribunal de instancia al respecto. En consecuencia, por las razones señaladas, se acepta el recurso de casación por este extremo.

III.- SOBRE LA PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Expuestas las razones jurídicas que evidencian los errores de la sentencia materia de este recurso, ésta debe ser casada. En consecuencia, la Sala Especializada debe asumir las facultades de un tribunal de instancia para dictar la sentencia de mérito que corresponde, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación. Para tal efecto, la Sala Especializada, en ejercicio de la potestad jurisdiccional citada, considera lo siguiente:

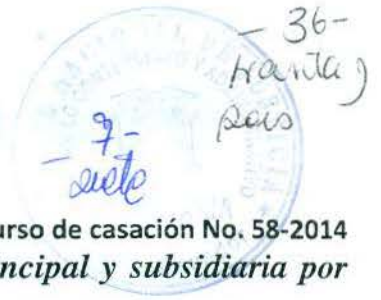
3.1.- La pretensión de la parte actora planteada ante los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo es la siguiente: *“declarar la ilegalidad y consecuente nulidad de la Resolución No. 2408 de 9 de julio de 2010, notificada el 20 de diciembre de 2010, así como de la Resolución No. 0518 de 14 de agosto de 2007, ambas expedidas por la Contraloría General del Estado.”*

3.2.- El Contralor General del Estado y la Procuraduría General del Estado, en sendos escritos, presentan como excepciones las siguientes: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; inexistencia de las causales de nulidad previstas en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso



Administrativa; legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas institucionales; inadmisibilidad de la demanda; improcedencia de la demanda por interponer en un mismo instrumento dos acciones incompatibles y contradictorias, ilegalidad y nulidad; y, falta de derecho del actor.

3.3.- En cuanto a la pretensión de la parte actora de que se declare la ilegalidad y consecuente nulidad de las resoluciones Nos. 0518 de 14 de agosto de 2007 y 2408 de 9 de julio de 2010, ambas expedidas por la Contraloría General del Estado, ante la excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho y la de legitimidad del acto administrativo interpuestas por los demandados, corresponde a la parte actora la carga de demostrar la existencia de las causas de nulidad o la ilegalidad y desvirtuar las presunciones de legitimidad, ejecutoriedad y validez de las que gozan los actos administrativos. El actor transcribe los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado e indica que DELCON CIA. LTDA. no realizó acción culposa alguna ni incurrió en omisión culposa que pueda derivar en el establecimiento de responsabilidad civil y consecuentemente en la obligación de indemnizar el supuesto perjuicio económico que ha sufrido la Municipalidad de Montecristi, además indica que en el *“procedimiento de juzgamiento administrativo (sic) llevado a cabo por la Contraloría General del Estado, este Organismo no ha probado que mi representada haya incurrido en impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación ni negligencia, por lo que no cabe la determinación de responsabilidad civil en contra de mi representada DELCON CIA. LTDA.”* La Contraloría General del Estado señala en su contestación a la demanda: *“el fundamento de la responsabilidad establecida en contra del actor, esta (sic) dada por haber sido beneficiaria de recursos públicos, sin que técnicamente se ha demostrado que los precios unitarios incluidos en su oferta eran los correctos, pues han sido cotejados con precios unitarios que fueron aceptados por la propia entidad contratante, en contratos sucritos (sic) con recursos otorgados por el MOP. De allí surge también su impericia, imprudencia, imprevisión, etc, que se encuentra referida por el actor.”* Los artículos 43, 44, 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría



Recurso de casación No. 58-2014

General del Estado disponen: “Art. 43.- **Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.**- La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción u omisión culposa hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la ley. Art. 44.- **Responsabilidad solidaria.**- Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine”; y, “Art. 52.- **Alcance.**- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos. La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil. Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.” El artículo 53 en su parte pertinente dispone: “**Predeterminación civil culposa y órdenes de reintegro.**- La responsabilidad civil culposa se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. Los perjuicios económicos causados en la administración de bienes, asignaciones, subvenciones, participaciones ocasionales de



recursos públicos, concedidas por el Estado o sus instituciones, a las personas naturales o jurídicas de derecho privado, estarán sujetos a las disposiciones de la Sección 1 de este Capítulo y al procedimiento previsto en esta Sección. Cuando del examen aparezca la responsabilidad civil culposa de un tercero, se establecerá la respectiva responsabilidad. Se entenderá por tercero, la persona natural o jurídica privadas, que, por su acción u omisión, ocasionare perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de su vinculación con los actos administrativos de los servidores públicos. Dicho perjuicio se establecerá de la siguiente forma: 1. Mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa que será o serán notificadas a la o las personas implicadas sean servidores públicos o personas naturales o jurídicas de derecho privado, concediéndoles el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes. Expirado este plazo, la Contraloría General del Estado expedirá su resolución;” De la revisión del acto administrativo impugnado se aprecia que la Contraloría General del Estado establece los fundamentos fácticos y de derecho para determinar la responsabilidad solidaria de DELCON CIA. LTDA., explicando razonadamente las causas a las que ésta responde, esto es, los precios unitarios sobrevalorados y el perjuicio causado a la entidad, lo que desvirtúa lo alegado por el actor en este punto.

3.3.3.- El actor señala también que el artículo 17 de la entonces vigente Ley de Contratación Pública determinaba como obligación de la entidad contratante disponer la elaboración de los documentos precontractuales bajo su responsabilidad. La Contraloría General del Estado contesta de la siguiente manera: “*Alega el actor que lo que hizo su representada el (sic) acoger los documentos precontractuales elaborados por la entidad y que por ello cualquier responsabilidad es de los funcionarios. Sin embargo, su responsabilidad está sustentada en los artículos 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 114 de la Ley de Contratación Pública; 6 del Reglamento de Responsabilidades, pues el actor es el ‘...beneficiario de un acto o hecho administrativo emitido sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos de los bienes y*



- 8 -
octu
frunta y
siete

Recurso de casación No. 58-2014

recursos públicos... Todo esto sin dejar de resaltar el hecho de que tal y como consta del informe, glosas y resoluciones la responsabilidad es solidaria con los funcionarios del Municipio involucrados en el tema: ex alcalde, por adjudicar el contrato; y de los señores: ex director de obras públicas; ex director financiero y ex jefa de planeamiento urbano. Adicionalmente también se sustenta la responsabilidad establecida en la responsabilidad solidaria definida en los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica de este organismo, perfectamente establecida en este caso." Los artículos 43, 44 y 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado ya están transcritos en el punto anterior. El artículo 114 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época señala: "**RESPONSABILIDADES.-** Los servidores públicos o las personas o empresas privadas o públicas que tengan a su cargo una o varias etapas del proceso de ejecución de un proyecto de obra pública, o los representantes de tales empresas, en su caso, serán responsables, administrativa y civilmente, por los vicios o defectos que se hayan producido en la etapa a su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Se aplicará lo dispuesto en este artículo para efectos de liquidación de obligaciones, solución de controversias y sanciones, con observancia de los trámites y requisitos exigibles para cada caso." El artículo 6 del Reglamento de Responsabilidades vigente a la época ordena: "**Responsabilidad Directa y Solidaria.-** Será directa la responsabilidad cuando recaiga inmediatamente sobre la persona, y solidaria cuando recaiga in sólido sobre dos o más, con arreglo a lo que establecen los artículos 327 y 328, segundo inciso, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. En el caso de responsabilidad civil tramitada mediante orden de reintegro, cabe la solidaridad entre los responsables subsidiarios, pero éstos, respecto del obligado principal, no podrán tener otra calidad que la de obligados subsidiarios. En el caso de la responsabilidad civil, tramitada mediante glosas, podrá establecerse solidaridad entre los responsables." De la revisión del artículo 17 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época se constata que no señala lo indicado por el actor, ya que regula la publicación de la convocatoria y no los documentos precontractuales, sin embargo se corrige esta omisión sobre este punto de

15



derecho, en ejercicio de la potestad jurisdiccional prevista en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y al respecto considera que la disposición normativa que regula lo indicado por el recurrente es el artículo 16 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública que dispone: “**DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES.-** La máxima autoridad de la entidad, de acuerdo con la planificación establecida y considerando la naturaleza, objeto y presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a prestarse resolverá iniciar el trámite que corresponda, para lo cual deberá disponer de los siguientes documentos precontractuales: a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la forma de pago; la indicación del lugar en que deben retirarse los documentos precontractuales y entregarse las propuestas y derechos de inscripción, el día y hora hasta los cuales se recibirán las ofertas y el señalamiento de la fecha de la apertura del sobre único, que se realizará hasta una hora más tarde de la fecha de cierre de presentación de las propuestas; b) Modelo de carta de presentación y compromiso: contendrá la obligación del oferente de someterse a las exigencias y condiciones de los documentos precontractuales y contractuales caso de ser adjudicatario; c) Modelo de formulario de propuesta: precisará rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales, plazos de ejecución, tipo de moneda, identificación y firma de responsabilidad del oferente; d) Instrucciones a los oferentes: fundamentalmente comprenderán, un detalle del objeto de la contratación, indicaciones para la elaboración y presentación de la propuesta; causas para el rechazo de propuestas y facultad de declarar desierto el procedimiento, trámite de aclaraciones, garantía de seriedad de la oferta, proceso a cumplirse hasta la adjudicación, notificación de la misma; plazo de validez de la oferta; impuestos y contribuciones, forma de celebrar el contrato; sanciones por su no celebración; y, garantías que se exijan para el contrato; e) Proyecto de contrato: contendrá, a más de las cláusulas que le sean propias, las estipulaciones relativas a la terminación o resolución, recepciones, obligaciones, garantías, y las demás que sean del caso, según la naturaleza de la contratación; además cláusulas que establezcan las



Recurso de casación No. 58-2014

responsabilidades de los funcionarios que no cumplan oportunamente con las obligaciones de pago previstas contractualmente, contando con los recursos económicos suficientes, y de solución de conflictos; f) Especificaciones generales y técnicas: comprenderá el detalle de los requerimientos mínimos y rangos de variación, según sea el caso, sin incluir características exclusivas de determinada marca, patente o procedimientos registrados; g) Planos: serán los que contengan el diseño definitivo y precisen la obra a ejecutarse en sus características básicas. En el caso de obras públicas que se destinen a actividades que supongan el acceso de público, en el diseño definitivo deberá contemplarse la existencia de accesos, medios de circulación e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad; h) Valor estimado: incluirá el presupuesto referencial de la contratación, calculado en función del plazo estimado del contrato, y señalará la fecha de cálculo; i) Plazo estimado de ejecución del contrato; j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y, k) Principios y criterios para la valorización de ofertas que deberán considerar necesariamente el porcentaje de bienes y servicios de origen nacional ofrecidos dentro de las especificaciones técnicas y de calidad que se requieren y en ningún caso los documentos precontractuales contendrán condiciones que limiten la posibilidad de participación de oferentes nacionales. Todos los documentos serán elaborados, bajo su responsabilidad por la entidad. El Comité de Contrataciones aprobará únicamente los señalados en los literales a), b), c), d), e) y k), dentro del término de cinco días, contado desde la fecha de su recepción.” De la revisión del acto impugnado se verifica que la responsabilidad de la empresa no se configura debido a la elaboración de los documentos precontractuales, sino por los precios unitarios sobrevalorados calculados al determinarse el valor total a pagar por el ente público y a los perjuicios económicos, los que no devienen de la referida elaboración de los documentos precontractuales, por lo que no se desvirtúa las presunciones de legitimidad, ejecutoriedad y validez de las que gozan los actos administrativos impugnados.

3.3.4.- El actor transcribe el artículo 105 de la Ley de Contratación Pública, en el que a su criterio se regula la diferencia en cantidades de obra, y la cláusula 13ª del contrato e



indica: *“La Resolución No. 0518 de 14 de agosto de 2007 señala entre otros aspectos, que uno de los elementos en los que se sustenta la responsabilidad civil establecida es que la adjudicación del contrato se produjo ‘con precios unitarios sobrevalorados, con relación al presupuesto referencial y a los pactados en anteriores contratos sobre la misma obra, lo cual dio lugar a que se pague valores en exceso’. Sin embargo, esta conclusión no ha considerado las razones por las cuales el monto de los pagos realizados a DELCON CIA. LTDA. superaron el precio originalmente pactado en el contrato”,* agregando que éstas se fundamentan en la citada norma y cláusula. La Contraloría General del Estado señaló que los argumentos del actor no desvanecen la glosa por lo siguiente: *“Las alegaciones realizadas por el actor en cuanto a que el aumento de las cantidades de obra estaban justificadas por la falta de recursos y con fundamento en el artículo 105 de la Ley de Contratación Pública, en ningún momento desvanecen el fundamento de la glosa, pues la ejecución de mayores cantidades de obra ha sido cuestionado por este organismo de control, tal y como versa del informe y de la glosa. Lo que se cuestiona es la sobrevaloración de los precios unitarios presentados por el oferente y aprobados por la entidad mediante la adjudicación.”* El recurrente indica que la cláusula décimo tercera del contrato señala: *“OBRAS ADICIONALES: 13.01.- Si al ejecutarse la obra, de acuerdo con los planos/requerimientos y especificaciones del diseño definitivo, se establecieran diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuado (sic) ‘de cantidades estimadas del contrato, previo informe de Fiscalización, la Entidad dispondrá el cambio correspondiente, el que constará en documento suscrito por las partes.”* El artículo 105 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época regula la notificación y trámite de la terminación unilateral de los contratos y no la diferencia en cantidades de obra, como el recurrente alega, sin embargo, como ya se hizo anteriormente, se corrige esta omisión sobre este punto de derecho, en ejercicio de la potestad jurisdiccional prevista en el citado artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial. La norma que regula lo indicado por el actor es el artículo 100 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública que dispone: **“DIFERENCIA EN**



- 39 -
Asesores
muere
- 10 -
diez

Recurso de casación No. 58-2014

CANTIDADES DE OBRA.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del diseño definitivo se establecieron diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, no hará falta contrato complementario para ejecutarlas, siempre que no se modifique el objeto del contrato. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes.” Como ya se indicó, la responsabilidad de la empresa responde a los precios unitarios sobrevalorados y al subsecuente perjuicio económico al ente público y no al trámite previsto para la diferencia en cantidades de obra, por lo que lo alegado por el actor tampoco desvirtúa los actos administrativos impugnados.

3.3.5.- El actor transcribe el artículo 1561 del Código Civil y aduce que la Contraloría General del Estado no lo ha considerado. Esta norma dispone: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*” El artículo 102 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época dispone: “**TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS.-** Los contratos terminan: a) Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; b) Por mutuo acuerdo de las partes; c) Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del contrato; d) Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; e) Por sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato, a pedido del contratista; y, f) Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.” Por lo anterior, al tratarse de un contrato administrativo celebrado entre un órgano público y un particular existe norma expresa en la que se regulan sus formas de terminación, por lo que el referido artículo 1561 del Código Civil, no es aplicable a la relación jurídico-administrativa en análisis.

3.4.- El actor alega que las citadas resoluciones 0518 de 14 de agosto de 2007 y 2408 de 9 de julio de 2010 habrían sido dictadas fuera de término. Al respecto el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone: “**Denegación Tácita.-** Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de



responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley;” En el caso en cuestión el citado artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prevé como efecto la denegación tácita y no la nulidad del acto administrativo, por lo que lo alegado por el actor no desvirtúa las presunciones de legitimidad, ejecutoriedad y validez de las que gozan los actos administrativos impugnados.

3.5.- Otra de las causas que aduce la parte actora para que se declare la ilegalidad y nulidad de las resoluciones que impugna es que existe “*doble juzgamiento*”, indicando: “*Que por estas razones el monto de los pagos realizados a DELCON CIA. LTDA. superaron el precio originalmente pactado en contrato, al amparo de lo que disponía el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública entonces vigente y la cláusula 13ª del contrato, pues las cantidades de obra que prevén los contratos son estimadas, y en cuanto a movimientos de tierras, generalmente se producen incrementos sustanciales de volúmenes de obra, que generan incrementos del monto de contrato, lo que no implica que se trate de valores indebidamente pagados o no justificados, pues los trabajos que ejecutó DELCON CIA. LTDA. fueron medidos y aprobados por la Fiscalización del contrato, y antes por otro equipo de auditoría de la Contraloría General del Estado que realizó un examen especial a las operaciones administrativas y financieras al Fondo de Solidaridad, por el período comprendido entre el 15 de enero y el 31 de diciembre de 2003, cuyo resultado consta plasmado en el informe DAI-036-04 que incluyó la evaluación del proyecto ‘Estabilización del deslizamiento en las faldas del cerro Montecristi’, sin que se haya formulado observación alguna relativa a los precios del contrato, situación que implica además un doble juzgamiento por parte de la Contraloría General del Estado;*” La parte demandada señaló: “*el primer sustento para esta alegación supuestamente está en un doble juzgamiento, situación que nunca ha ocurrido pues ni siquiera el acto identifica cuál (sic) el instrumento en el cual se habría realizado esto.*” La Corte Constitucional en sentencia



Recurso de casación No. 58-2014

dictada el 26 de noviembre de 2014 dentro del caso No. 2161-II-EP señaló: *“para ser invocado como una garantía del debido proceso, precisa (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada ex ante, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio cuestión, a saber: eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia.”*

En el caso objeto de análisis la parte actora señala que existen dos exámenes especiales, el primero, referente a un examen especial a las operaciones administrativas y financieras al Fondo de Solidaridad por el período comprendido entre el 15 de enero y el 31 de diciembre de 2003, en cuanto al proyecto de Estabilización del deslizamiento en las faldas del cerro Montecristi; y, el segundo denominado *“EXAMEN ESPECIAL DE INGENIERÍA A LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE DESLIZAMIENTO DE LAS FALDAS DEL CERRO DE MONTECRISTI DEL I. MUNICIPIO DE MONTECRISTI PERÍODO: 2002-04-12 al 2004-09-30”* De la revisión de ambos exámenes especiales se aprecia que no existe eadem causa petendi, o identidad de motivo de persecución, ya que el primer examen analiza los recursos que el Fondo de Solidaridad proveyó al Municipio de Montecristi en el período del 15 de enero y el 31 de diciembre de 2003 y el segundo examen especial en cambio analiza los recursos que el Municipio de Montecristi entregó a DELCON CIA. LTDA. respecto del *“PROYECTO DE DESLIZAMIENTO DE LAS FALDAS DEL CERRO DE MONTECRISTI DEL I. MUNICIPIO DE MONTECRISTI”*, considerando el período comprendido entre el 12 de abril de 2002 y el 30 de septiembre de 2004, por lo que no existe el *“doble juzgamiento”* que acusa la parte actora.

3.6.- El actor transcribe los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado e indica: *“La claridad y contundencia de estas normas no deja duda respecto a la no responsabilidad de DELCON CIA. LTDA., lo cual fue reconocido inclusive por el Departamento Jurídico de la Dirección Regional 5 de la*



Contraloría General del Estado, que realizó el examen especial al proyecto de estabilización del deslizamiento de las faldas del cerro Montecristi". La Contraloría General del Estado señala en su contestación a la demanda: *"El criterio o criterios internos que se emitan internamente por funcionarios relacionados con el examen especial, de ninguna manera constituyen en pronunciamientos oficiales de este organismo, pues ello consta en los informes de auditoría o exámenes especiales como es el caso."* Por lo indicado, este pronunciamiento interno no es el pronunciamiento oficial del ente de control, por lo que lo alegado por el actor no tiene sustento jurídico.

3.7.- La parte actora en su demanda adujo también que existe falta de motivación, indicando respecto de la Resolución No. 0518 de 14 de agosto de 2007: *"la mencionada Resolución carece de motivación, ya que no obstante el reconocimiento pleno de que la responsabilidad, caso de existir, es de la entidad contratante, la indicada Resolución la hace extensiva a mi representada como responsable solidario, sin fundamento jurídico alguno, vulnerando de esta forma la garantía prevista en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República"* El literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."* La motivación, como lo indica Gordillo, citado por Efraín Pérez: *"...son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad."* (Derecho Administrativo, Tomo I, Tercera edición actualizada, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, páginas 440 y 441). En el acto administrativo impugnado se observa que en ningún momento se determina



Recurso de casación No. 58-2014

el reconocimiento pleno de la responsabilidad de la entidad contratante, al contrario, se explican los presupuestos de hecho y se enuncian las normas y principios jurídicos en que se fundamenta la Contraloría General del Estado para confirmar la responsabilidad civil solidaria de DELCON CIA. LTDA, por lo que no existe la falta de motivación que adujo la parte actora. En lo que respecta a la Resolución No. 2408 de 9 de julio de 2010, el actor señala que la resolución que impugna *“en su acápite IV (página 4), se refiere escuetamente a la documentación y argumentación presentada por DELCON CIA. LTDA. y sin formular un análisis de cada uno de los elementos probatorios, simplemente concluye que ya fue considerada ‘en la instancia anterior’”* y agrega: *“Conforme consta en la página 5 (párrafo final) de la Resolución No. 2408, el mencionado memorando No. 1517-DIAPA señaló que: ‘Corresponde a la instancia legal pronunciarse sobre la procedencia de establecer una responsabilidad para el contratista en base a la restructuración de los análisis de precios unitarios, provenientes de una oferta que fue motivo de concurso e informe favorable de Ley por parte de la Contraloría General del Estado y que concluyó con la suscripción del correspondiente contrato’. (énfasis agregado) Sin embargo, esta recomendación emitida por la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado, no fue acatada por ese Organismo de Control, y a pesar de que no se había emitido dicho pronunciamiento por parte del área legal, se dictó la Resolución No. 2408, confirmando una vez más la supuesta responsabilidad de DELCON CIA. LTDA., circunstancia que confirma una vez más la falta de motivación de la Resolución No. 2408, por haber sido expedida sin contar con un pronunciamiento indispensable que respalde jurídicamente este acto administrativo, como es el informe legal sugerido por la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental.”* La Contraloría General del Estado, como ya se indicó, señala en su contestación a la demanda: *“El criterio o criterios internos que se emitan internamente por funcionarios relacionados con el examen especial, de ninguna manera constituyen en pronunciamientos oficiales de este organismo, pues ello consta en los informes de auditoría o exámenes especiales como es el caso.”* De la revisión



del acto impugnado se aprecia que el acápite IV indica que la mayoría de los argumentos vertidos por los administrados ya fueron oportunamente analizados dentro del examen especial como con la emisión de la Resolución No. 0518 de 14 de agosto de 2007, sin embargo, y contrario a lo que indica el actor, se analizan los aspectos de hecho y de derecho que llevaron a la Contraloría General del Estado a ratificar la glosa solidaria a DELCON CIA. LTDA. Además, la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado es un órgano interno de ésta y su pronunciamiento no le es vinculante, por lo que lo indicado por el actor carece de sustento jurídico y no es causa que configure la falta de motivación que adujo.

3.8.- La parte actora indica que las resoluciones que impugna han sido dictadas por la Contraloría General del Estado en base a un criterio diametralmente opuesto al empleado en casos idénticos en los que se habría desvanecido las responsabilidades y lo ejemplifica señalando la Resolución No. 1399 de 30 de septiembre de 2008, expedida como resultado del examen especial practicado a varios contratos, *“entre ellos el celebrado el 28 de agosto de 2002, para la ejecución de la línea de impulsión desde la reserva de La Cruz hasta el sector de Piedras Blancas, a cargo del Municipio de Catamayo, a base de los argumentos formulados por el contratista y acogidos en su integridad por la Contraloría General del Estado, que son idénticos en varios aspectos a los planteados por DELCON CIA. LTDA.”* En el caso objeto de análisis, el actor no fundamenta en derecho la presunta obligación de la Contraloría General del Estado de resolver por analogía en el ámbito administrativo.

Por todo lo señalado, el actor no ha desvirtuado las presunciones de legitimidad, ejecutoriedad y validez de las que gozan los actos administrativos que impugnó, por lo que las mismas se mantienen.

3.9.- El actor señala en su demanda que en forma previa a la celebración del contrato se obtuvo los informes favorables de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado. El demandado indicó: *“El informe de este organismo, establecido en la Ley de Contratación Pública y en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, fue establecido como un previo para la suscripción del respectivo*



contrato y forma parte del control previo que en aquella época le correspondía a este organismo de control. En consecuencia, el informe referido no formaba parte de aquella facultad de control posterior de los recursos públicos, establecida constitucional y legalmente, tal y como interpreta el actor al alegar que la Contraloría General del Estado no realizó en esa instancia objeción alguna a los precios unitarios pactados. ... cuando se emitían los informes lo que se revisaba es la oferta adjudicada y los documentos precontractuales; mas en esa instancia jamás se revisaban, ni siquiera otras ofertas, y menos aún se podía haber realizado el análisis que realizó (sic) este organismo en una instancia posterior y siguiendo el procedimiento propio de un examen especial o con el equipo de auditoría". El artículo 60 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época dispone en sus dos primeros incisos: "INFORMES.- En forma previa a su celebración, los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas, requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado. Los mismos informes serán necesarios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados." El artículo 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece: "Examen Especial.- Como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones, recomendaciones." De las normas citadas se aprecia que las atribuciones de la Contraloría General del Estado y de la Procuraduría General del Estado respecto de la presentación de informes previos a la celebración de los contratos en nada afectan el control posterior a la ejecución que por medio de los exámenes especiales realiza la



Recurso de casación No. 58-2014

Contraloría General del Estado ni significa que el ente de control no pueda realizar observaciones posteriores a la ejecución, lo que deja sin lugar lo señalado por el actor.

3.10.- En lo que concierne a lo alegado por los demandados respecto de que la ilegalidad y nulidad son dos acciones incompatibles y contradictorias, la Sala Especializada, en sentencia dictada el 11 de noviembre de 2003 dentro del proceso No. 180-2002, señaló: *“En Derecho Administrativo, la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en cuanto es la ilegalidad absoluta del acto.”* Por lo señalado, no cabe la excepción propuesta por los demandados.

3.11.- En cuanto a la falta de derecho del actor que alega el demandado, el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho de impugnar los actos administrativos expedidos por el Estado tanto en la vía administrativa como judicial, por lo que la excepción es improcedente.

3.12.- Finalmente, en lo que respecta al informe pericial presentado en el proceso el 26 de octubre de 2012, debe tenerse presente que de conformidad al artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no es obligación de los jueces atenerse al informe pericial, ya que cabe aclarar, no es el único elemento de convicción dentro del proceso.

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo el 28 de noviembre de 2013, las 08h46, dentro del proceso No. 2013-0449, seguido por el arquitecto Sebastián Arturo Delgado Valdivieso, Gerente y representante legal de DELGADO CONSTRUCTORES DELCON CIA. LTDA, en contra de la Contraloría General del Estado, por cuanto no ha caducado el derecho de la parte actora para interponer el recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra del

Recurso de casación No. 58-2014

acto administrativo impugnado, en razón de lo cual se casa la referida sentencia; y, en aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, con los fundamentos expuestos en el párrafo III de este fallo, rechaza la demanda y declara la legalidad y validez de los actos administrativos impugnados contenidos en las resoluciones Nos. 0518 de 14 de agosto de 2007 y 2408 de 9 de julio de 2010, ambas expedidas por la Contraloría General del Estado. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-



Dr. Pablo Tinajero Delgado
JUEZ NACIONAL



Ab. Cynthia Guerrero Mosquera
JUEZA NACIONAL



Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
**JUEZ NACIONAL
VOTO SALVADO**

Certifico.-



Dra. Nadia Armijos Cárdenas
SECRETARIA RELATORA



15 - quince
44 - cuarenta y cuatro
40 - cuarenta

Voto Salvado del Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 27 de abril de 2016, a las 12h23.-

Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito este voto salvado: **PRIMERO.-** En la sentencia impugnada de 28 de noviembre de 2013, 8h46, expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, se resuelve: *"ADMINISTRANDO JUSTICIA..., rechaza la demanda, por haber caducado la acción. Sin costas, ni honorarios que regular."* **SEGUNDO.-** Como se menciona al final del punto 2.3.4. de la sentencia de mayoría, la interpretación que hizo el Tribunal de instancia es errada y por tanto no debió declarar la caducidad de la acción, toda vez el término para impugnar ese tipo de actos administrativos expedidos por la Contraloría General del Estado es el señalado en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **TERCERO.-** Por tanto, el Tribunal Distrital al haber declarado de una manera incorrecta la caducidad de la acción, no llegó a expedir la sentencia de mérito que correspondía; por lo que incurrió en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República, toda vez no se explicó correctamente la pertinencia de la aplicación de la institución de la caducidad a los antecedentes de hecho que efectivamente constaban en el proceso, esto es se dio una falta de motivación interna del razonamiento, al existir invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establecieron previamente los jueces distritales en su decisión; pues simplemente no podían afirmar, y evitar así pronunciarse sobre lo principal, que: *"En el presente caso, se encuentra que la resolución No. 2408 fue emitida por la Contraloría General del Estado el 09 de julio de 2010 y notificada el 21 de diciembre de 2010 (fs. 406), y la demanda ha sido presentada el 21 de abril de 2011, con lo que se establece que la acción ha caducado, al haber transcurrido un término mayor a los sesenta días que prevé el tercer inciso del Art. 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado..."*, pues como bien se menciona en la

sentencia de mayoría el término correcto no era de sesenta días, sino el de noventa días para deducir la demanda contencioso administrativa, conforme el primer inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en concordancia con el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. **POR LO QUE, CONSIDERO:** que en base a la norma constitucional mencionada, es procedente declarar la nulidad de la sentencia (que en realidad no lo es, toda vez no resolvió acerca del asunto o asuntos principales del juicio) de instancia antes mencionada, pues no existió sentencia de mérito conforme correspondía; y se debe devolver el proceso al Tribunal Distrital referido, para que se conforme un nuevo tribunal que dictará la sentencia de mérito que corresponda, la cual que no puede ser dictada por este Tribunal de Casación conforme lo establece el primer inciso del artículo 16 de la Ley de Casación, toda vez no hay sentencia alguna que casar por el mérito de los hechos establecidos en la misma. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-


Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
JUEZ NACIONAL


Ab. Cynthia Guerrero Mosquera
JUEZA NACIONAL


Dr. Pablo Tinajero Delgado
JUEZ NACIONAL

Certifico.-


Dra. Nadia Armijos Cárdenas
SECRETARÍA RELATORA





52-
17 - anexo 1
- ducesse
dos

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

JUEZ PONENTE: Dr. Pablo Tinajero Delgado

Quito, 17 de mayo de 2016, a las 16h08.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado el 6 de mayo de 2016 por el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, con el que da cumplimiento a la providencia de 3 de mayo de 2016 mediante la cual se le corrió traslado con el pedido de aclaración y ampliación formulado por el Gerente de la compañía Delgado Construcciones DELCON CÍA. LTDA. A fin de resolver el referido pedido de aclaración y ampliación, esta Sala considera: **a)** El 27 de abril de 2016 se dictó la sentencia de mayoría en la presente causa, en la que se resolvió: *“acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo el 28 de noviembre de 2013, las 08h46, dentro del proceso No. 2013-0449, seguido por el arquitecto Sebastián Arturo Delgado Valdivieso, Gerente y representante legal de DELGADO CONSTRUCTORES DELCON CIA. LTDA, en contra de la Contraloría General del Estado, por cuanto no ha caducado el derecho de la parte actora para interponer el recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra del acto administrativo impugnado, en razón de lo cual se casa la referida sentencia; y, en aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, con los fundamentos expuestos en el párrafo III de este fallo, rechaza la demanda y declara la legalidad y validez de los actos administrativos impugnados contenidos en las resoluciones Nos. 0518 de 14 de agosto de 2007 y 2408 de 9 de julio de 2010, ambas expedidas por la Contraloría General del Estado”*. **b)** El Gerente de la compañía DELCON CÍA. LTDA., en su escrito presentado el 2 de mayo de 2016 realizó 3 pedidos de aclaración y ampliación, verificándose que el primero y tercero de dichos pedidos se refieren al mismo aspecto, toda vez que la primera solicitud dice: *“solicito señores Jueces se dignen aclarar la sentencia emitida, y especificar cuáles son los otros elementos de convicción a base de los que la Sala decidió no solo no acoger, sino ni siquiera considerar el informe pericial...”*, y la tercera solicitud señala: *“solicito a la Sala de lo Contencioso*



Administrativo de la Corte Nacional, aclarar la resolución emitida el 27 de abril de 2016 a las 12h23, y especificar a base del mérito de qué hechos dictó la sentencia de fondo". Respecto a estos dos pedidos es necesario señalar que al quedar evidenciado los errores de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 5 de lo Contencioso Administrativo, esta Sala Especializada asumió las facultades de un tribunal de instancia para dictar la sentencia de mérito que correspondía, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, y en ejercicio de dicha potestad jurisdiccional, se consideró que la Municipalidad de Montecristi encargó a la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL) la realización de los estudios y diseños para estabilizar el deslizamiento de las faldas del cerro Montecristi, entidad que calculó el presupuesto referencial para dicha obra, en base a lo cual la Municipalidad procedió a adjudicar el contrato a la compañía DELCON CÍA. LTDA., luego de haberse cumplido el procedimiento establecido en la Ley. La Contraloría General del Estado realizó un examen especial a la ejecución del proyecto de "estabilización del deslizamiento de las faldas del cerro Montecristi" a cargo del Municipio del cantón Montecristi, dentro del cual el equipo auditor realizó un análisis comparativo de la oferta presentada por la compañía DELCON CÍA. LTDA., con el presupuesto referencial elaborado por la ESPOL y con el presupuesto elaborado por la Municipalidad de anteriores contratos para la misma obra, estableciendo la existencia de una diferencia de precios en varios rubros. Es así que el equipo auditor determinó que el costo del proyecto en los rubros objetados, en un año dos meses entre la elaboración del presupuesto y la presentación de la oferta, tenía un incremento de 65.79 %, en tanto que el reajuste de precios, en ese mismo período, no alcanza ese porcentaje, concluyendo que los precios unitarios estaban sobrevalorados. Al ser comparados los precios unitarios de los rubros con los contratados para un mismo proyecto en iguales condiciones de ejecución, el grupo auditor obtuvo grandes diferencias. Es necesario indicar que uno de los procedimientos que se utilizó en la fase previa al examen especial y en su ejecución, fue la indagación y recopilación de información adicional para tener certeza en sus conclusiones y recomendaciones, y para el efecto el equipo auditor utilizó la información que poseía la Municipalidad respecto a contratos similares suscritos

sobre la misma obra, confrontando los precios unitarios constantes en dichos contratos, con los de la oferta presentada por DELCON CÍA. LTDA., llegando a la conclusión de una sobrevaloración en los ítems objetados. Adicionalmente, el equipo auditor requirió al Departamento de Contratación Pública del Municipio de Montecristi el expediente del contrato adjudicado a la compañía DELCON CÍA. LTDA., dentro del cual se encuentran los Estudios y Diseños para Estabilizar el Deslizamiento en la Faldas del Centro Montecristi, elaborado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral a través de la Facultad de Ingeniería en Ciencias de la Tierra, el mismo que contiene, entre otros aspectos técnicos, el presupuesto referencial y análisis de precios y cronogramas de ejecución. Forma parte de este expediente el presupuesto referencial y análisis de precios elaborado por el Departamento de Obras Públicas del Municipio de Montecristi, debiendo señalarse que el referido informe fue favorable, pero con la salvedad de la responsabilidad exclusiva de la Entidad respecto a la conveniencia económica de la oferta adjudicada. De lo anotado queda evidenciado que en el proceso existen los suficientes elementos de convicción que sustentaron la sentencia de casación emitida en este proceso, por lo que no es obligación de los jueces atenerse al informe pericial presentado por una de las partes procesales, como de forma clara se menciona en el fallo de la referencia. c) El segundo pedido formulado por el representante de la compañía DELCON CÍA. LTDA. dice: *“solicito a la Sala se digné ampliar la resolución emitida el 27 de abril de 2016 a las 12h23, en el sentido de que se pronuncie respecto a la nulidad de las resoluciones impugnadas, por haber sido emitidas cuando la Contraloría General del Estado ya había perdido la competencia en razón del tiempo, es decir, luego de generado el efecto jurídico de la denegación tácita, aspecto que no ha sido abordado en la resolución cuya ampliación solicito”*. Al respecto es necesario aclarar que el tema de la nulidad fue abordado en el numeral III, acápite 3.4, de la sentencia dictada por esta Sala Especializada, esto es, en el momento en que se dictó la sentencia de mérito, en aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, por haber sido uno de los temas alegados en la demanda. Mas sin embargo, en casación, la compañía DELCON CÍA. LTDA. fundamentó su recurso exclusivamente en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación,



Recurso de casación N° 0058-2014

indebida aplicación y errónea interpretación de varias normas de derecho, sin que en el recurso de casación haya alegado la nulidad referida. De esta manera queda atendido el pedido de aclaración y ampliación presentado por el representante de la compañía DELCON.CÍA. LTDA. Dado que el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, expidió voto salvado, firma la presente por obligación legal.- 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, publíquese y devuélvase.-

Dr. Pablo Tinajero Delgado
JUEZ NACIONAL

Ab. Cynthia Guerrero Mosquera
JUEZA NACIONAL

Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
JUEZ NACIONAL

Certifico.-

Dra. Nadia Armijos Cárdenas
SECRETARIA RELATORA

