

JURISPRUDENCIA
RESOLUCION N° 71-2015

REPUBLICA DEL ECUADOR

Juicio No: 17711-2014-0878

Resp: MARIA DOLORES GRIJALVA

Quito, martes 2 de junio del 2015

En el Juicio Verbal Sumario No. 17711-2014-0878 que sigue AGUILERA VASQUEZ MARIA DE LA ASUNCION en contra de EMPRESA PUBLICA METROPOLITANA DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS Y GESTION DE ZONAS FRANCAS Y REGIMENES ESPECIALES, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: DR. EDUARDO BERMÚDEZ CORONEL

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, martes 2 de junio del 2015, las 10h20.- VISTOS (878 – 2014): 1.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza y los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 01-2015 de 28 de enero de 2015, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, con sujeción en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. 2. **ANTECEDENTES:** Sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por la doctora María De la Asunción Aguilera Vásquez, en contra de la sentencia proferida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 23 de septiembre de 2014, a las 12h00, dentro del juicio verbal sumario que por incumplimiento de pago sigue en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales. 3. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La casacionista alega como infringidos en la sentencia impugnada los Arts. 38 y 48 de la Ley de Modernización del Estado; 217.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, 75 y 76 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; 346.2 y 194.4 del Código de Procedimiento Civil; 1486, 1453, 1561 y 7.18 del Código Civil; y 6 del Código de Comercio, así como los “precedentes jurisprudenciales en que se sustentó la sentencia, Expediente 574, Registro Oficial Suplemento 423, de 4 de abril de 2013, No. 574-2000, juicio No. 643-2009-k.r.” Deduce el recurso interpuesto con cargo en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjuces de esta Sala Especializada lo admitió a trámite en auto de 09 de abril de 2015, a las 14h12, y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza: 4. **CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación “es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que

impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (la función dikelógica de la casación así lo orienta en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y su respuesta motivada y justa, Arts. 1 y 75 de la Constitución de la República). La visión actual de la Casación le reconoce una triple finalidad: la protección del ius constitutionis y la defensa del ius litigatoris, proyectados por la salvaguarda del derecho objetivo, la unificación jurisprudencial, y, la tutela de los derechos de los sujetos procesales. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-

5.1. ÚNICO CARGO, CAUSAL PRIMERA:

5.1.1. Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación se imputan vicios in iudicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento por violación directa de la ley sustancial o material, concurre cuando: “...se produce sin consideración al aspecto probatorio y por tanto sin tener en cuenta la apreciación de las pruebas por el tribunal...” ergo, “...son totalmente extrañas cualquiera consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta, y, en consecuencia, la acusación resultará mal propuesta” (Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, Víctor P. De Zavalia S.A., Buenos Aires, 1985, p. 74).

5.1.2. La recurrente alega, con cargo en dicha causal, la aplicación indebida de los Arts. 38 de la Ley de Modernización del Estado, 217.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, 75 y 76 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y 346.2 del Código de Procedimiento Civil, en el siguiente sentido: “...conforme se indica en el mismo fallo tanto el contrato de monitoreo arqueológico como el Adendum fueron suscritos el 9 de enero del 2006 y el 17 de marzo del 2007, en ese orden, con la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito, a esas fechas esta Corporación, era una entidad de derecho privado y no empresa pública como erróneamente indica la sentencia, tanto más que el mismo fallo reconoce que la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, recién se crea con la Ordenanza No. 0309 de 16 de abril de 2010, publicada en el Registro Oficial 186 de 5 de mayo de 2010... El hecho de que a la entidad de derecho privado CORPAQ se le haya extinguido y creado en su lugar una empresa pública, con posterioridad a la firma del contrato y el adendum, no cambia la

naturaleza jurídica de 'contrato privado' de monitoreo y adendum porque –reitero- estos fueron suscritos con anterioridad entre la entidad de derecho privado CORPAQ y la Dra. María De La Asunción Aguilera Vásquez...” En el fallo recurrido en casación el Tribunal a quo determina: “...De las disposiciones legales transcritas, así como de los hechos fácticos detallados, se desprende que la actora, ha celebrado un contrato de Monitoreo Arqueológico con la CORPAC, representada legalmente por el Director Ejecutivo, el 09 de enero del 2006, posteriormente, con fecha 17 de marzo del 2007, han realizado una adenda al contrato de Monitoreo Arqueológico. La CORPAC cambia de denominación social, en virtud de la creación de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, entidad que asume todas las obligaciones, derechos y patrimonio de la CORPAC, de acuerdo a la Ordenanza No. 0309 de 16 de abril del 2010” y agrega: “...el caso sub júdice se refiere al pago de facturas producto de un contrato y adendum celebrado con la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, empresa pública que está sometida a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ... motivo por el cual, la acción debía dirigirla la actora, ante el Tribunal Contencioso Administrativo, conforme lo disponen los Arts. 38 de la Ley de Modernización del Estado, y 217 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, disposiciones legales vigentes a la presentación de la demanda...”. 5.1.3. Consta del expediente, fojas 11 a 12 vta., la demanda presentada por la ahora recurrente en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales por falta de pago parcial de sus servicios profesionales contratados el 09 de enero de 2006 por la CORPAQ para realizar el monitoreo arqueológico en la superficie del nuevo aeropuerto de Quito, siendo modificado mediante adendum de 17 de marzo de 2007, y suscrito entre los mismos comparecientes. 5.1.3.1. Mediante Ordenanza Metropolitana No. 0289 de 17 de noviembre de 2008, promulgada en el Registro Oficial No. 628 de 07 de julio de 2009, se constituyó la Empresa Municipal Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ), y conforme se establece en sus Arts. 1 y 2, se rige por las respectivas disposiciones del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito y su estatuto; sucede jurídicamente a la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ), asumiendo todas las funciones, actividades, patrimonio, activos, pasivos, derechos y obligaciones de la CORPAQ. De igual forma sucede en los derechos y obligaciones derivados de todos y cada uno de los contratos celebrados por la CORPAQ, y de conformidad con el Art. 3 ibídem, se constituye en legítima contradictora en “todos los procesos judiciales, administrativos y arbitrales” que actualmente se estén sustanciando en la CORPAQ, sea como actora, demandada o parte. El Tribunal a quo en la resolución que en casación se impugna, fundamenta su decisión en la falta de competencia de la jueza de primera instancia para conocer la demanda que activó el presente caso, en razón que, según su criterio, la actora, ahora casacionista, debió dirigir la acción ante el Tribunal Contencioso Administrativo. 5.1.4. El Código Civil establece que el “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”, Art. 1454. Acto jurídico que puede tener, entre otras, la característica de ser unilateral o bilateral; la primera de ellas, se origina al momento en que solamente una de las partes se obliga para con la otra, como en el caso de los testamentos, y el segundo caso, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, Art. 1455 ibídem; es decir opera lex inter partes. El vínculo legal que se origina al momento de la celebración de un contrato, entrelaza varios

elementos constitutivos que le son propios en consideración a la naturaleza del mismo, y que contribuyen a la formación de la voluntad; así, intervienen la capacidad, el consentimiento y el tipo de contrato, que conllevan sin rigurosidad, ni orden: términos y definiciones, antecedentes o causa, objeto, plazo, precio y forma de pago, garantías, confidencialidad, derechos de propiedad, esquema tributario y laboral, causas de terminación, legislación aplicable, multas, mecanismo de resolución de controversias, domicilio, notificaciones, documentos habilitantes, y entre otros, prevalentemente, los pactos contractuales ad hoc. El contrato tiene su génesis en la autonomía de la voluntad, que al ser "...soberana; es ella la que dicta el derecho. El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo el que, salvo ciertas excepciones impuestas por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo... Esta autonomía no es, sin embargo, absoluta; tiene sus limitaciones. Desde luego, las partes no pueden alterar o modificar las cosas que son la esencia del contrato que pacten, pues, de hacerlo, éste o no produciría efecto alguno, o degeneraría en otro diferente; no podrían por ejemplo, estipular una compraventa o un arrendamiento sin precio. No pueden tampoco estipular nada que vaya contra las prohibiciones legales, el orden público o las buenas costumbres; tales estipulaciones serían nulas absolutamente por ilicitud de objeto o de causa según las circunstancias" (Arturo Alessandri Rodríguez, De los contratos, Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile, pp. 11 y 12).

5.1.4.1. El Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, alegado por la casacionista como indebidamente aplicado por el Tribunal a quo, establece: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa". La Constitución de la República, respecto de la jurisdicción consagra en su Art. 167: "...La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial..."; esos órganos jurisdiccionales, es decir aquellos encargados de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado, son la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales de Justicia, los Tribunales y Juzgados, Art. 178 ejusdem. La palabra jurisdicción aparece en el lenguaje jurídico con distintos significados, es vocablo polisémico, la acepción que interesa es en su sentido preciso y técnico de función pública de juzgar y ejecutar lo juzgado; se la define como "...función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución" (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ta. Edición, Editorial B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2002, p. 34). Esta función se realiza mediante órganos competentes que en principio, son aquellos de la

función judicial. La jurisdicción, se distribuye dentro de los diversos tribunales y juzgados por razón del territorio, de las cosas o materia, de las personas y grados. Mientras la jurisdicción consiste en el poder o facultad de administrar justicia, la competencia encarna su ejercicio práctico en cuanto facultad específica para cierto ámbito, así: "...podemos considerar la competencia desde un doble punto de vista: el objetivo, como el conjunto de causas en que, con arreglo a la ley, puede el juez ejercer su jurisdicción, y el subjetivo, como la facultad conferida a cada juez para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que le es atribuida" (Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Editorial Temis S.A., Segunda Edición, Bogotá, 2009, p. 115). En este contexto, es claro el contenido de los Arts. 1 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil y 156 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo que conforme a estos preceptos normativos y la doctrina universal, todo juez o tribunal tiene jurisdicción, pero no todo juez tiene competencia para conocer un determinado asunto, sino sólo aquél a quien la ley le asigna una porción o parte determinada de la jurisdicción. La competencia, desempeña la función de distribuir la jurisdicción entre los diversos jueces, por lo que, viene a ser "la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio" (Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 141). Su consecuencia, ser la medida de la jurisdicción, por lo que objetivamente comprende el conjunto de asuntos o causas en que, con arreglo a la ley, puede el juez ejercer su jurisdicción; en otras palabras, es juez competente para conocer un asunto, cuando está llamado hacerlo con prescindencia de los demás. "La competencia es la medida de la jurisdicción y la jurisdicción es la aptitud que tiene el Estado, por ser soberano, para aplicar la ley. La competencia se otorga a los funcionarios de acuerdo con su grado y jerarquía dentro de la nomenclatura institucional del Estado. La competencia la determina una serie de factores como el objetivo, el funcional, el territorial, la conexión o atracción, el tiempo, etc." (Francisco Sierra Jaramillo, *Derecho Contencioso Administrativo*, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, p. 41). El inciso segundo del Art. 10 del Código de Procedimiento Civil, determina: "Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes, excepto los casos señalados en la ley". La competencia nace de la ley o de la anuencia, ya expresa, ya tácita de las partes en cuanto al territorio, puesto que la competencia es prorrogable únicamente en razón de este factor, inciso tercero Art. 3 ejusdem. Pero es importante puntualizar que por el principio procesal "perpetuatio jurisdictionis" es la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda la que determina la competencia para todo el curso del proceso, sin que lo afecte ninguna modificación posterior. "La perpetuatio jurisdictionis no existe frente a las nuevas leyes procesales, y sólo se aplica para las circunstancias de hecho que determinan la competencia en relación con estos factores: valor, territorio o domicilio, y calidad de las partes. Si la nueva ley cambia la competencia o la rama jurisdiccional que debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso" (Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 144).

5.1.4.2. De lo expresado, resulta indispensable diferenciar y escindir el tipo, entre el contrato civil y el contrato administrativo, con la finalidad de establecer certeza al momento de determinar sus características y cualidades inherentes. "En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado (que es siempre una persona de derecho público) acuerda también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni

tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o comercial... De este modo, el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y comprenda todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines... El problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil –que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica- y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público” (Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, Tercera Edición, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2009, pp. 5, 6 y 9). El ámbito de la teoría contractual del Estado, reviste prevalencia debido a las formalidades esenciales, o mejor aún especialísimas que deben incorporarse para la formación de la voluntad administrativa. Así: “las exigencias de forma en la contratación administrativa se plantean en tres momentos distintos: en primer lugar, en un momento previo referido a la génesis misma del contrato, cuando tiene lugar su preparación; en un segundo lugar, sujetando a la Administración a unos procedimientos preestablecidos a los que necesariamente ha de ajustarse para resolver el problema de la elección de la otra parte contratante, finalmente por la que se refiere a la forma misma que debe revestir el negocio contractual” (Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, novena edición, Madrid, 1989, p. 66). Sin embargo, lo referido no apunta a desvirtuar que en el ámbito privado no existan los momentos descritos, en mayor o menor medida, la contratación civil requiere igualmente de preparación, de procedimientos previamente acordados, y del establecimiento del tipo de negocio, siendo su ejercicio imputable básicamente a la autonomía de la voluntad, sin una exigencia legal, que en el contrato administrativo resulta de imperativo cumplimiento, por cuanto su inobservancia acarrea sanciones previstas, no únicamente al acto jurídico, per se, que haya sido celebrado en contra de norma expresa, sino además a quienes debidamente autorizados, estuvieron a cargo del proceso precontractual, contractual y de ejecución, sin exclusión de los empleados privados que hayan intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes, conforme lo prevé la Primera Disposición General Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP); medidas finalistas que en el derecho privado tienen una distinta concepción. Es así que, estos dos tipos de contrataciones han sabido adaptar prácticas que resultaban ajenas entre sí; a manera de ejemplo, la incorporación de garantías de fiel cumplimiento, de buen uso de anticipo y técnica, que resultaban propias del derecho público, o cláusulas exorbitantes como son las causas de terminación unilateral del contrato, o las que imponen sanciones económicas, han sido en la práctica, incorporadas a las contrataciones privadas, y viceversa, en las contrataciones administrativas, se han ido paulatinamente anexando otras, como las denominadas cláusulas de confidencialidad (mutual nondisclosure agreement), muy usuales en los contratos privados, para citar una referencia, lo cual en modo alguno opaca su rigurosidad. Tampoco desvirtúa la certeza respecto a que la administración estatal se encuentre exenta de celebrar contratos que no sean propiamente administrativos. “Sobre la materia, al plantear la denominada teoría dual de los contratos de la administración, la cual parte del reconocimiento del contrato administrativo como categoría jurídica específica y autónoma, se ha afirmado de manera general que ella celebra dos clases de contratos: unos que son verdaderamente administrativos, sujetos al régimen especial de derecho administrativo y sometidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; pero también

celebra contratos no administrativos, sometidos al derecho privado y cuyos conflictos deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria” (Augusto Chávez Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 62). Recoge diáfamanamente dicha significación lo establecido en el Art. 6.11 de la LOSNCP que establece que son sociedades mercantiles de “derecho privado” las personas jurídicas creadas por las empresas estatales o públicas, en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, determinándose un régimen especial de contratación que depende del giro del negocio de cada empresa; en igual sentido diferenciador, el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 300 de la Ley de Compañías prevé: “Exclusivamente para asuntos de carácter societario, las sociedades anónimas cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de: 1. entidades del sector público; 2. empresas públicas municipales o estatales o, 3. sociedades anónimas; cuyo accionista único es el Estado, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en esta Sección. Para los demás efectos, dichas empresas se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas”, Sección VI, De la compañía anónima. “...Cassagne señala, con acierto, que el abandono de la doble personalidad del Estado no hace desaparecer la doble categoría de actos civiles de la Administración y actos administrativos, lo mismo que acontece con las personas jurídicas privadas que pueden celebrar contratos civiles igual que administrativos sin desdoblar su personalidad... Por imperio de la teoría de la especialidad –vinculada con la capacidad o competencia de las personas jurídicas– concluye que cuando la actividad de la Administración tienda a satisfacer directa e inmediatamente la finalidad de su existencia, cumple una actividad administrativa stricto sensu, y cuando lo hace para satisfacer esos fines en forma indirecta y mediata, configura una actividad complementaria de la anterior” (Miguel Ángel Berçaitz, Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 147 y 148).

5.1.5. Al momento de celebrarse tanto el contrato el 09 de enero de 2006, entre la ahora casacionista y la CORPAQ para realizar el monitoreo arqueológico, en la superficie del nuevo aeropuerto de Quito, como su modificación mediante adendum de 17 de marzo de 2007, suscrito entre los mismos comparecientes, no había sido promulgada la Ordenanza Metropolitana No. 0289 de 17 de noviembre de 2008, sino hasta la publicación del Registro Oficial No. 628 de 07 de julio de 2009, por la que se constituyó la Empresa Municipal Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ), y conforme se establece en sus Arts. 1 y 2, y como consta ut supra, se rige por las respectivas disposiciones del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito y su estatuto; sucede jurídicamente a la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ), y asume todas las funciones, actividades, patrimonio, activos, pasivos, derechos y obligaciones de la CORPAQ. El Art. 1561 del Código Civil establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, y el Art. 7 ejusdem, prescribe: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: ... 18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. El hecho de haberse demandado a la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, el 28 de octubre de 2010, no activa automáticamente la jurisdicción y competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, puesto que al encontrarse

incorporadas las leyes al momento de la celebración del contrato, es de interés precautelar la seguridad jurídica con sujeción a la Constitución Política de la República promulgada en 1998, que disponía: “Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ...26. La seguridad jurídica”, principio que consta, aún más diáfano, en la actual Constitución de la República, que en su Art. 82, prevé: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. En su sentido general, la seguridad consiste en la garantía que tiene el individuo en cuanto a que su persona, sus bienes y derechos, no serán objeto de ataque, y, en el evento de serlo, le serán aseguradas por la colectividad protección y reparación. En tanto que, la seguridad jurídica, llamada así para distinguirla de ese concepto general, viene a ser “la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado (...) que sabe con qué a de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para los demás y de los demás para con uno” (Máximo Pacheco. Teoría del Derecho. Ediciones De Palma Buenos Aires, 2000, pp. 493 y 494). Claro que el Derecho, como sistema normativo, es el instrumento que hace posible la seguridad, pero sin que sea el Derecho en sí tal seguridad, pues que éste, en cuanto valor, es modo posible de la vida de la persona que se siente segura en la vida colectiva, social. Es ésta la razón por la que la seguridad jurídica venga a ser un valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones en esa vida social, cuando sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundadas expectativas de que ellas se cumplan. El constituyente de Montecristi incluyó en el texto constitucional a la seguridad jurídica y dentro de los derechos de protección. Máximo Pacheco encuentra que la seguridad como certeza del Derecho radica en que sus normas sean ciertamente perceptibles y visualizadas, que se prueben los hechos para la consecuente aplicación del Derecho, y, la ejecución, el cumplimiento de los derechos que han sido reconocidos o declarados. Conforman vivencialmente la seguridad jurídica estos dos elementos: saber o certeza, y, expectativa o confianza. La primera dice relación al conocimiento de las normas jurídicas, en cuanto disponen determinadas conductas y que esas normas objetivas son generalmente observadas; en tanto que, la segunda, deviene precisamente de ese conocimiento y comprende una fundada expectativa de que ese ordenamiento jurídico tendrá continua y suficiente vigencia. La mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos norman la existencia de preceptos que procuran y realizan la seguridad jurídica, entre los mas comunes, se cita los siguientes: 1) La presunción del conocimiento de la ley, Art. 13 del Código Civil. 2) Principio de la reserva o legalidad penal, Art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 5.1. del Código Orgánico Integral Penal. 3) Irretroactividad de la ley, Art. 7 del Código Civil, con excepción de la extractividad de la ley penal más benigna, Art. 5.2. ibídem. 4) Cosa juzgada, Art. 297 del Código de Procedimiento Civil. 5) Prescripción, en cuanto el transcurso del tiempo extingue acciones y penas, y como modo de adquirir las cosas ajenas y extinguir derechos, Art. 2434 del Código Civil. 5.1.5.1. El Art. 2 de la Ordenanza Metropolitana No. 0289 de 17 de noviembre de 2008, (R.O. No. 628 de 07 de julio de 2009), dispone que la Empresa Municipal Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ) se constituye “como una persona jurídica de derecho

público, con autonomía administrativa, operativa y financiera”, siendo posteriormente extinguida por la creación de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, la que sucede jurídicamente a la próxima anterior (Disposición General Tercera de la Ordenanza Metropolitana de Creación de Empresas Públicas Metropolitanas, R.O. 186 de 05 de mayo de 2010), por vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (R.O.S. 48 de 16 de octubre de 2009), que define a las empresas públicas como personas jurídicas de derecho público. 5.1.5.2. A la fecha de la calificación de la demanda que activó el presente caso (10 de noviembre de 2010), la Entidad existente fue la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, regulada por el derecho público, sin embargo, el contrato y su adendum de los que se desprende la acción judicial fueron suscritos el 09 de enero de 2006 y el 17 de marzo de 2007, respectivamente, fechas en las que la CORPAQ era aún de derecho privado. Se reitera que es la noción del interés general el que concilia las exigencias, a veces contradictorias, entre ese interés y el particular; en efecto, el dominio propio de la administración pública constituye la esfera del interés público puesto que, la acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general. Caracteriza las relaciones privadas el acuerdo de voluntades, en tanto que, los actos administrativos son obligatorios y se los puede ejecutar inclusive en forma compulsiva con el fin de satisfacer necesidades colectivas que le han sido encomendadas “...lo que exige, además del respeto al Derecho, el sentido de la oportunidad y la competencia técnica” (Gustavo Penagos, Curso de Derecho Administrativo, Parte General. Segunda Edición, Ediciones Librería Del Profesional, Bogotá-Colombia, 1988, p. 207). El acto administrativo, en su aspecto general, puede definirse “...como un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado. Esta concepción amplia del acto administrativo abarca los actos unilaterales de la administración pública, como también los bilaterales o contractuales y también los generales o reglamentarios” (José Canasi, Derecho Administrativo, volumen II, Parte Especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 101). La configuración unilateral o de predominio unilateral de la administración pública incluye también a los actos contractuales, se observa que a pesar de la bilateralidad de los contratos administrativos, es la voluntad de la administración contratante la que condiciona toda la relación jurídica, que se contrae “...para el cocontratante a aceptar las normas preexistentes del interés público que lo motiva. De ahí que en todo contrato administrativo aparece en cierta forma, un acto administrativo condicionado por una situación legal preexistente, como es todo lo referente al pliego de condiciones que confecciona unilateralmente la administración y al cual debe someterse el cocontratante, como que es la ley de las partes... es propio del acto administrativo una multiplicidad de facetas que lo distinguen del acto jurídico de derecho privado, pues abarca la idea de especialidad y de generalidad, configurando lo primero la sola voluntad administrativa, o bien bilateral, cuando se trata de un contrato administrativo, que requiere para su perfeccionamiento la voluntad de otra persona, física o jurídica, pública o privada” (José Canasi, op. cit. p. 102). El contrato en el que el órgano del sector público realiza actos de gestión está regido por el derecho civil, pues no hay manifestación de poder, no concede ni delega ninguna atribución; en tanto que, si actúa como poder público, los actos son de imperio y por tanto regidos por el derecho administrativo si otorga concesión de servicios públicos o de obra pública, contrata la construcción de una obra pública, actúa como persona de derecho público, eventos en que los intereses son

estrictamente públicos y no privados. El contrato de monitoreo arqueológico y su adendum no conlleva ningún interés público, no concede ni delega ninguna atribución a la contraparte pues simplemente se trata de un acto de gestión, ergo es uno de carácter privado regido por el derecho civil, por lo que no cabe la aceptación, que equivocadamente hace el Tribunal ad quem, de la excepción de falta de competencia, por la materia, aducida por la parte accionada, para declarar sin lugar la pretensión. Entre las garantías del debido proceso se encuentra el principio de la obligatoriedad de las formas procesales, es decir, los actos procesales están reglados por la ley en cuanto al tiempo, al lugar y al modo. En tal sentido, al haber resuelto el Tribunal a quo rechazar la demanda en virtud de la apelación interpuesta, por aceptación de la excepción de incompetencia de la jueza en razón de la materia, incurre en infracción directa de normas sustantivas a las que se refiere la casacionista en su alegación, al no haberse percatado de la legislación aplicable al caso jurídico concreto, en razón de la materia.- 6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia impugnada y confirma la sentencia proferida por la Jueza Vigésima Cuarta de lo Civil de Pichincha el 06 de febrero de 2012, a las 12h19. Devuélvase el monto de la caución a la parte recurrente. Con costas a cargo de las Juezas de última instancia. Notifíquese y devuélvase. f).- DR. EDUARDO BERMÚDEZ CORONEL, JUEZ NACIONAL, f).- DR. WILSON ANDINO REINOSO, JUEZ NACIONAL, f).- DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA, JUEZA NACIONAL. Certifico. Lo que comunico a usted para los fines de ley. F) DRA. LUCIA DE LOS REMEDIOS TOLEDO PUEBLA, SECRETARIA RELATORA.

Es fiel copia del original.
Certifico.-

Quito, 02 de junio de 2015

DRA. LUCIA DE LOS REMEDIOS TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA.