RESOLUCIÓN No. 553-2016

JUICIO No. 571-2011

JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGUIDO POR MANUEL JESUS VELEZ CRIOLLO CONTRA LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO Y EL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, REMITIDO A LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA POR RECURSO DE CASACION PRESENTADO POR LA PARTE ACTORA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCION N. 553-2016

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

JUEZ PONENTE: Dr. Pablo Tinajero Delgado

Quito, 28 de abril de 2016, a las 16h47.-

VISTOS: Conocemos la presente causa 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 Nº 4-2012 de 25 de enero de 2012; y la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución Nº 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura. **b)** El 8 de julio de 2013 se sorteó la causa No. 571-2011, correspondiendo su conocimiento a la doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, así como a los doctores José Suing Nagua y Álvaro Ojeda Hidalgo, este último en calidad de Juez ponente. **c)** Con Resolución No. 01-2015 de 28 de enero de 2015 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resolvió la actual integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, por lo que 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.- En sentencia expedida el 28 de marzo de 2011 por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio No. 003-2009 seguido por el ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo en contra del Contralor General del Estado, se resolvió: "*no admite la acción propuesta y determina la existencia de COSA JUZGADA*".

1.2.- El ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo solicitó aclaración de la sentencia, y una vez que se corrió traslado con este pedido a la contraparte, en auto de 5 de abril de 2011 el Tribunal de instancia negó dicho pedido.

1.3.- El 13 de abril de 2011 el ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo presentó recurso de casación fundamentándose en las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- El Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 27 de mayo de 2013, admitió a trámite el referido recurso de casación.

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

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

2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia emitida el 28 de marzo de 2011 por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual se inadmitió la acción propuesta por el ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo por existir cosa juzgada, adolece de causales para declarar su ilegalidad y/o nulidad por los errores acusados por el recurrente, esto es, por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; y, de comprobarse el yerro en la sentencia, emitir la sentencia de mérito que corresponda.

2.3.- Respecto a la cosa juzgada.- El Tribunal de instancia en la sentencia recurrida señala: "*QUINTA.- (...) En la consideración Tercera que se ha transcrito, la Corte Constitucional, se pronuncia en el sentido de que en la destitución del actor del puesto de Auditor Interno de la Unidad de Auditoría de ETAPA, no existe violación alguna ni legal ni constitucional. Al no existir violación a la ley, en relación a la autoridad que*

le destituyó; que no se observa violación respecto al trámite; que tampoco hay violación a la ley, a la seguridad jurídica, ni al debido proceso. La Corte Constitucional, en el fallo pronunciado, no aborda únicamente lo constitucional, en forma reiterada indica que no existe violación legal alguna, imposibilitando al Tribunal pueda conocer sobre un asunto que ha sido resuelto y que ha pasado en Autoridad de Cosa Juzgada, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, en virtud de lo cual no puede volverse a discutir el asunto que ha sido motivo del fallo. La resolución dictada por la Corte Constitucional, determina la situación jurídica de las partes, que no puede alterarse por otro Tribunal. En conclusión no existe duda de que existe un juicio, una sentencia ejecutoriada sobre la materia motivo del estudio. El Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, al tratar los [Efectos irrevocables y de la Cosa Juzgada de la sentencia ejecutoriada] La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia no podrá seguirse un nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho…". Sobre el particular, el tratadista Jorge Zavala Egas aclara lo siguiente: "*… se exige que la demanda de garantía se dirija frontal e inequívocamente a la protección del derecho constitucional, sin necesidad de decisiones previas sobre la legalidad del acto que lo vulnera (...) Esos dos planos en realidad se involucran, pero en el inferior que corresponde a la legalidad se cuenta con la tutela a cargo de la jurisdicción ordinaria, mientras que en el plano normativo supremo es donde operan las garantías jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales. Este es el significado que debe atribuirse al enunciado legislativo que prescribe que para la admisibilidad de la acción de protección debe haber inexistencia de otros mecanismos legales ordinarios para la defensa de los derechos (...) Por esta razón es que los fallos de los tribunales o cortes constitucionales determinan que si no existe derecho*

fundamental vulnerado que tutelar en forma directa no hay admisibilidad para las acciones de amparo o de protección. No es un tema de legalidad el que se determina en el juicio de admisibilidad de la acción de protección..." (Zavala Egas, Jorge y otros, Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edilex S.A., Guayaquil, 2012, página 387). El carácter subsidiario de la acción de protección enunciado en la doctrina está recogido en nuestra legislación en el numeral 4 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone: "*La acción de protección de derechos no procede: ... 4.- Cuando el acto administrativo puede ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz*". La referida subsidiaridad también está prevista en los numerales 3 y 5 del mismo artículo, según los cuales la acción de protección no procede cuando en la demanda se impugne exclusivamente la legalidad del acto u omisión, o cuando la pretensión sea la declaración de un derecho. Es importante hacer alusión a la Resolución No. 49-04 expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial 365 de 28 de junio de 2004, que en su parte pertinente dice: "*La primera, la acción de amparo, protege un derecho constitucional o un derecho consagrado en un tratado internacional, no protege otros derechos; en tanto que el recurso contencioso administrativo, se interpone por cualquier acto administrativo que vulnere un derecho o interés del demandante o lesione derechos particulares reconocidos por la ley*". También debemos referirnos a la sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001 expedida por la Corte Constitucional que dice: "*60 ... Si vía de acción de protección se impugna de manera exclusiva la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos judiciales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional*" (Sentencia No. 001-2010-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP, Gaceta Constitucional No. 001, segundo suplemento, Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010). De la jurisprudencia enunciada, así como de las normas jurídicas

citadas se colige con claridad que son distintos los principios que guían la acción de protección constitucional respecto a los que guían la justicia ordinaria, por lo que el derecho que le asiste a una persona a impugnar un acto administrativo ante el tribunal de lo contencioso administrativo no puede ser restringido por haberse presentado una acción de protección, ya que el control de legalidad de los actos administrativos es competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, la misma que no puede ser asumida por los jueces constitucionales.

III.- RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL INGENIERO MANUEL JESÚS VÉLEZ CRIOLLO

3.1.- Causal primera, por indebida aplicación del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil; y, por falta de aplicación del literal i) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, del literal a) del artículo 10, literal b) del artículo 59 y artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.- Con cargo a la causal primera, el casacionista manifiesta: "*En el empeño de sostener la existencia de cosa juzgada, el Tribunal cita el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, sosteniendo que así en la acción de amparo como en la contenciosa administrativa existe identidad subjetiva, e identidad objetiva 'consistente en que se demanda la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma cosa (sic), razón o derecho'. Lo cual, desde luego, no es cierto (...) La contenciosa administrativa es una jurisdicción privativa – exclusiva y excluyente – del tribunal competente en razón de la materia, que se ejerce con el procedimiento establecido por la pertinente ley especial; en cambio la jurisdicción constitucional se ejerce por una variedad de jueces, con otro procedimiento y otros fines, según la ley de la materia respectiva, que imponía, entonces, que el pronunciamiento final sea dictado por un órgano no judicial, el Tribunal Constitucional (...) No existe, entonces, identidad objetiva y cosa juzgada, ni ayer ni hoy, y el fallo judicial que pronuncia lo contrario yerra en la aplicación de la norma del artículo 197 del Código de procedimiento Civil (...) En cambio se dejaron de aplicar, de modo injustificado, las*

normas que debieron haber resuelto la controversia; así: La del literal i) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establece que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa 'y materia', norma en virtud de la cual se habría determinado que una es la jurisdicción constitucional y otra la contenciosa administrativa y que, por lo mismo, no cabía pronunciar la existencia de cosa juzgada; y, las de los artículos 10 lit. a), 59 Lit. b) y 60 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa (SIC) Administrativa que, en su orden, imponen al Tribunal la competencia para decidir acerca de la legalidad o ilegalidad del acto, de declarar su nulidad si resulta de violaciones del debido proceso y de examinar las causas de nulidad al tiempo de expedir sentencia". Es necesario entonces señalar que el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, que según el casacionista ha sido indebidamente aplicado por el Tribunal de instancia, dispone lo siguiente: "*La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho*". En el presente caso, se verifica que en el libelo de demanda del recurso contencioso administrativo constante a fojas 8 a 10 del proceso, el ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo establece como pretensión lo siguiente: "*Pretendo que en sentencia, declare este Tribunal que es nula, por ilegal, la decisión del señor Contralor General del Estado, encargado, doctor Eduardo Muñoz Vega, contenida en la acción de personal número 337 del 15 de agosto de 2008…*". Por el contrario, en la acción de amparo constitucional constante a fojas 914 a 918 del proceso, en la parte pertinente el accionante manifiesta: "*La resolución no se halla debidamente motivada y no realiza la voluntad del legislador, sino la de la autoridad administrativa; ofende mi derecho al honor y la buena reputación personal y profesional, viola objetivamente los derechos subjetivos que la Constitución me reconoce como ciudadano, y me*

desvincula de la función pública de modo ilegítimo e injusto, produciéndome grave daño. Por lo dicho, acudo a este Tribunal conforme a las prescripciones contenidas en los artículos 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional, y demando su Amparo…". De lo transcrito se desprende que, si bien es cierto que existe identidad subjetiva por intervención de las mismas partes, no es menos cierto que no existe identidad objetiva debido a que las dos acciones planteadas son diferentes. En efecto, el ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo en su acción constitucional pretende que se ampare su honor y la buena reputación personal y profesional, mientras que en el recurso contencioso administrativo pretende que se declare la ilegalidad del acto administrativo impugnado. Consecuentemente, el Tribunal de instancia no entendió apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a su decisión y aplicó a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, al haber aplicado indebidamente el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil que regula la cosa juzgada, que como queda dicho nunca existió, y al mismo tiempo en el fallo recurrido se dejó de aplicar el literal a) del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que establece el deber de los tribunales de lo contencioso administrativo de conocer y resolver las impugnaciones a los actos de la administración pública que sean puestos a su conocimiento, por lo que se acepta el recurso por este extremo.

3.2.- Causal primera, por errónea interpretación de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- El recurrente afirma que existe errónea interpretación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece: "*Las decisiones judiciales, dictámenes, sentencias ejecutoriadas y demás resoluciones expedidas o que se expidan por la Corte Constitucional para el período de transición, así como los efectos generados por aquellas, tendrán validez y carácter de definitivos*". Al fundamentar su recurso el casacionista manifiesta: "*La Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de*

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no dice, como parece haberlo entendido el Tribunal, que las resoluciones de la Corte para el Período de Transición impidan que se ejerza la jurisdicción contenciosa administrativa cuando el mismo acto, ya juzgado en constitucionalidad, sea sometido a control de legalidad. En tal caso, el propio legislador habría incurrido en una contradicción inexplicable porque solo unos días antes, al expedir la Ley Orgánica de Servicio Público, había dicho en el artículo 90 que el servidor público tiene acceso a la jurisdicción contencioso administrativa 'sin perjuicio de las acciones constitucionales que tiene derecho'. Lo que en realidad dice la Transitoria en cuestión es que los pronunciamientos de la actual Corte Constitucional y los efectos que nacen de ellos, no son temporales o transitorios como la propia Corte, sino definitivos. Tal carácter de definitividad es necesario, obviamente, en mérito de la seguridad jurídica pero, como también es evidente, solo puede aplicarse en materia de control constitucional, que es lo que compete a la Corte". Al respecto es necesario aclarar que el carácter "definitivo" que otorga la Disposición Transitoria Cuarta de la mencionada Ley hace alusión a las sentencias expedidas por la Corte Constitucional "para el período de transición", y se refiere exclusivamente a que respecto a ellas no cabe recurso alguno ulterior en cualquier vía, en virtud de que la legislación no ha previsto tal posibilidad, por lo que las sentencias expedidas por dicha Corte se ejecutorían *ipso jure* una vez expedidas y notificadas, sin que sea posible impugnarlas a través de la interposición de algún tipo de recurso. Consecuentemente, el Tribunal de instancia concedió a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional un alcance equivocado, y haciendo una errónea interpretación de la referida Disposición Transitoria, consideró que la mencionada firmeza impide que los interesados puedan impugnar ante el tribunal distrital de lo contencioso administrativo el acto administrativo respectivo; es decir, aplicó al concepto de acto firme un alcance que no tiene. Al quedar evidenciado el yerro de la sentencia recurrida, se acepta el recurso por este vicio.

3.3.- Causal cuarta, por haberse resuelto en sentencia lo que no fue materia de la litis.- El principio de congruencia delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto éstas deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones y excepciones oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. Por ende, la incongruencia es un error improcedendo que tiene tres aspectos: a) cuando se otorga más de lo pedido (ultra petita), b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces, como instrumento de análisis, el defecto de incongruencia debe resultar de la comparación entre la solicitud constante en la demanda, las excepciones planteadas por el demandado, y la parte dispositiva de la sentencia. En el presente caso, el casacionista al fundamentar el recurso manifiesta: "*En base a los antecedentes de hecho y con la fundamentación jurídica del caso, hice constar en mi demanda: 'Pretendo que en sentencia, declare este Tribunal que es nula, por ilegal, la decisión del señor Contralor ....'. El fallo no recoge con exactitud esta pretensión. En cambio sí recoge, literalmente, las 6 excepciones del demandado, y las vuelve a referir, de modo más o menos sucinto, en la Consideración Tercera (...) Excepciones que, según afirma inmediatamente 'serán del análisis principal de esta resolución' (...) Sin embargo, el tribunal no analizó aquellas excepciones. En su lugar, pasó a transcribir lo resuelto por el Tribunal Constitucional que, en síntesis, revoca la admisión del amparo y se pronuncia porque el acto de mi destitución es legal. Acto seguido, el fallo que ahora impugno dice: 'QUINTO.- Como se puede establecer de la contestación que el señor Contralor General del Estado da a la demanda propuesta y que es motivo de este estudio, no consta la excepción de cosa juzgada' (...) Hasta aquí, el Tribunal de Casación tendrá plena evidencia de que el fallo recurrido incurre en extra petita porque resuelve lo que no fue materia del litigio (...) El auto dictado para aclarar el punto no es más feliz, porque allí, reiterando que ciertamente se reconoce que no se opuso la excepción de cosa juzgada, se termina por afirma: 'La sentencia ejecutoriada de la Corte Constitucional, en la que se dice [no*

existe violación legal] es el fundamento para que el juzgador en el fallo cuya aclaración se solicita, se haya pronunciado en voto unánime en el sentido de la existencia de Cosa Juzgada. Para apreciar el alcance de la sentencia, se deberá tener en cuenta no solo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma'. Argumento que, a nuestro entender, no hace que desaparezca el vicio de extra petita". Se verifica entonces que en la demanda interpuesta por el ingeniero Manuel Jesús Pérez Vélez (fojas 8 a 10) no se hace mención alguna a la cosa juzgada, ya que solamente menciona que la sanción fue objeto de una acción de amparo constitucional. En la contestación a la demanda (fojas 22 a 24), la Contraloría General del Estado se limita a mencionar que la sanción fue impugnada a través de un amparo constitucional y que por apelación dicha acción, a la fecha, se encontraba pendiente de resolución por parte de la Corte Constitucional para el Período de Transición, pero de manera alguna planteó la excepción de cosa juzgada ni hizo mención alguna a dicha institución jurídica. Por su parte, en el considerando quinto de la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia señala: "*Como se puede establecer de la contestación que el señor Contralor General del Estado, da a la demanda propuesta y que es motivo de estudio, no consta la excepción de Cosa Juzgada…*", mas sin embargo, en la parte resolutiva de la sentencia consta: "*no admite la acción propuesta y determina la existencia de COSA JUZGADA*". Resulta improcedente que la sentencia haya resuelto la existencia de cosa juzgada cuando aquello constituye una excepción perentoria que no fue alegada por la parte demandada ni fue materia para la litis, tal como se pronunció la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el numeral 8.1 de la Resolución No. 52-2014 de 24 de enero de 2014, emitida dentro del recurso de casación No. 448-2010, por lo que se acepta la recurso por este extremo.

IV.- SOBRE LA DESTITUCIÓN DEL CARGO QUE OCUPABA EL RECURRENTE

4.1.- En los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 del presente fallo se expusieron las razones jurídicas que evidencian el error de la sentencia materia de este recurso, y por tal motivo ésta debe ser casada. En consecuencia la Sala 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, sin que sea procedente la declaratoria de nulidad del fallo materia de este recurso, ya que el inciso segundo de la norma citada establece que únicamente cuando se trate de casación por la causal segunda del artículo 3, la Corte Nacional de Justicia anulará el fallo y remitirá el proceso al órgano judicial competente a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, situación que en este caso no sucede, toda vez que el recurrente fundamentó su recurso en las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. En su obligación de cumplir la tarea de juzgamiento que realizó erradamente el Tribunal de instancia, esta Sala considera:

4.2.- El ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo compareció ante el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca haciendo constar en su demanda: "*Pretendo que en sentencia, declare este Tribunal que es nula, por ilegal, la decisión del señor Contralor General del Estado, encargado, doctor Eduardo Muñoz Vega, contenida en la acción de personal número 337 del 15 de agosto de 2008, de destituirme del cargo de Auditor Interno de la Unidad de Auditoría de ETAPA; y, en consecuencia, ordenar mi restitución en funciones, con el pago de las remuneraciones que no se hubieren hecho efectivas*". Lo fundamental entonces es determinar la legalidad y validez de la acción de personal No. 337 del 15 de agosto de 2008 con la cual se destituyó al recurrente de su cargo de Auditor Interno de ETAPA. Al respecto se tiene como antecedente el oficio No. 43509-DCAI de 30 de agosto de 2007 con el que el Director de Coordinación de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado se dirige al Auditor Interno de ETAPA manifestando que "*Es necesario que usted como Auditor Interno Jefe, asuma la responsabilidad del desfase presentado tanto en la elaboración del Plan Anual como en la ejecución, ya que se*

nota claramente que en su preparación no hubo una buena planificación ni coordinación, por lo tanto no se acepta este tipo de justificativos". Con oficio No. 000228-DRZJA de 11 de enero de 2008 el Director de la Regional 2 de la Contraloría General del Estado puso en conocimiento del Gerente General de ETAPA que la Unidad de Auditoría Interna de ETAPA remitió el informe de examen a la Gestión y Manejo del Parque Nacional Cajas, y que luego de su revisión se determina que dicho informe no cumple con los estándares de calidad y con varias disposiciones legales que norman las actividades de las auditorías internas que son de obligatorio cumplimiento, por lo que se procedió a devolver dicho informe. Agrega el mencionado documento que en lugar de efectuar las correcciones dispuestas por la Contraloría, el Auditor Interno hizo reparos a dichas observaciones, tergiversó los hechos y presentó una serie de explicaciones alejadas de la verdad y que demuestran la falta de conocimiento de las normas y disposiciones legales que deben cumplirse en la ejecución de las labores de auditoría. Mediante memorando No. 133-DCAI de 28 de febrero de 2008 el Director de Coordinación de Auditorías Internas informó al Director de Recursos Humanos y Desarrollo Administrativo de la Contraloría General del Estado que el Gerente General de ETAPA solicitó al Contralor General que se evalúe la gestión que realiza el Auditor Interno de ETAPA, por tal razón, el Subcontralor General dispuso al Director de la Regional 2 que efectúe la evaluación de desempeño de dicho funcionario. Con oficio No. 01387-DR2JA el Director de la Regional 2 envió el informe de evaluación elaborado por el Coordinador de Auditorías Internas constante en memorando No. 10-DR2-JAA-2008 de 21 de febrero de 2008, el mismo que concluye lo siguiente: "*Por la falta de previsión en la formulación de los planes de control, la incompleta e inoportuna evaluación de los resultados y la carencia de supervisión por parte del Auditor Interno Jefe, como responsable de la Unidad, ha propiciado las deficiencias anteriormente expresadas en las actividades que se han desarrollado en el proceso de planificación, ejecución y trámite de los resultados, siendo producto de la falta de supervisión y dedicación a las tareas*

inherentes a su cargo, incumpliendo las Normas Ecuatorianas de Auditoría Gubernamental así como los Lineamientos y Políticas del señor Contralor General del Estado, en la formulación y ejecución del plan de control, no siendo los resultados de esa Unidad un aporte para la institución y para la Alta Gerencia, debido a la inoportunidad en el proceso de los exámenes y el trámite de sus resultados por parte del Auditor Interno Jefe de la Unidad. No es transparente y confiable la información que tramita el Auditor Interno Jefe". En oficio No. 002204-DR2 de 25 de marzo de 2008 el Director Regional 2 de la Contraloría General del Estado manifestó que con oficio No. 00228-DR2JA se informó a la máxima autoridad de ETAPA la serie de incumplimientos de las disposiciones emanadas por la Contraloría por parte del Auditor Interno de ETAPA que se arrastran desde hace mucho tiempo atrás, agregando que "*este procedimiento de enviar una serie de oficios sin sustento, descomedidos, tergiversando los hechos, manipulando fechas de las órdenes de trabajo y oficios de la Unidad, es práctica común en el Auditor Interno de ETAPA, lo que genera conflictos inclusive al interior de la unidad, tanto que los auditores operativos, en sesiones de trabajo realizadas en la Coordinación de Auditoría Internas, solicitan se ponga fin a los actos irregulares del Auditor Interno*". Finalmente señala que la solicitud para contar con otro profesional que esté al frente de la Unidad de Auditoría Interna y cumpla con las funciones de asesoramiento a la alta gerencia y control institucional, se debe a la solicitud realizada por el Gerente General de ETAPA y motivada por el ineficaz desempeño del Auditor Interno. Mediante oficio No. 16612-DRHDA el Contralor General del Estado delegó al Gerente General de ETAPA para que proceda con el sumario administrativo en contra del Auditor Interno de ETAPA, manifestando para el efecto que dicho funcionario ha incumplido en la tramitación de los exámenes especiales al control y fiscalización de las obras civiles de la planta externa de telecomunicaciones de ETAPA y del sistema de información computarizado de costos y presupuestos, transgrediendo disposiciones de la Ley de la Contraloría General del Estado. Agrega este documento que la Dirección de Recursos Humanos y Desarrollo

Administrativo de la Contraloría General del Estado presentó el informe previo para la instauración del sumario administrativo. Con oficio No. 2008-2174-GG de 30 de junio de 2008 el Gerente General de ETAPA se dirigió a su Director de Recursos Humanos, Director de Asesoría Jurídica y Secretaria General comunicándoles que con oficio No. 016612-DRHDA el Contralor General del Estado le delegó para que proceda con el sumario administrativo en contra del Auditor Interno de ETAPA, por lo que dispuso a los referidos funcionarios que, en el ámbito de sus competencias, se dé inicio con los trámites relacionados con dicho sumario administrativo, disposición que es ratificada y ampliada en oficio No. 2008-2185-GG de 1 de julio de 2008, en el que se detalla los fundamentos para la citada disposición. El sumariado contestó a los cargos formulados en su contra mediante escrito presentado el 8 de julio de 2008, al que se anexó varios documentos de descargo en 38 fojas útiles. Respecto al retardo en la entrega de los informes de los exámenes especiales al control de las obras civiles de la planta de telecomunicaciones y del sistema de información computarizado, manifiesta que se ha desarrollado "*conforme a la Ley en términos general y particulares*". En lo relacionado a los "*términos generales*", señala que los informes fueron suscritos por el Auditor Interno de ETAPA, fueron aprobados por el Contralor General y enviados al Directorio de la Empresa, por lo que a criterio del sumariado no existen desfases. En lo que tiene que ver con los "*términos particulares*" y en lo relacionado al examen especial del sistema de información computarizado, manifiesta que el propio Director de la Regional 2 habría manifestado que el retardo está justificado por un correo electrónico que habría enviado el Auditor Interno el 14 de noviembre de 2007. En cuanto al examen especial de las obras civiles de la planta externa, manifiesta que ha enviado un oficio al Director de la Regional 2 en el que se explican las causas del desfase, pero que no ha recibido respuesta alguna. Adicionalmente señala que su equipo de trabajo ha estado ocupado en la elaboración de otro examen especial dispuesto por el Gerente General de ETAPA, relacionado a la ejecución del contrato suscrito con el Consorcio Yanuncay. Con providencia de 9 de julio de 2008 se dispuso

agregar al expediente la documentación presentada por el sumariado junto con el escrito de contestación, y se abrió la causa a prueba por el término de 7 días, verificándose que el sumariado ejerció su derecho a la defensa al haber sido proveídas todas las diligencias probatorias solicitadas por él. El 14 de julio de 2008 se llevó a cabo la audiencia de sustentación de pruebas, a la que compareció el sumariado con su abogado defensor, quien en lo fundamental alegó que debía estar presente el Contralor General del Estado por ser la autoridad que requirió el inicio de este sumario y no simplemente su delegado; y, que la evaluación de desempeño debía darse de conformidad a lo establecido en los artículos 83 al 87 de la LOSSCA y artículos 187 a 194 de su Reglamento, cosa que a criterio del sumariado no habría ocurrido. Mediante oficio No. 2008-765-DRRHH de 24 de julio de 2008, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 84 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público vigente a la época, el Director de Recursos Humanos de ETAPA puso a consideración del Gerente General de dicha institución el informe pormenorizado en derecho con relación a todo lo actuado en el sumario administrativo instaurado en contra del Auditor Interno de ETAPA, documento que contiene las correspondientes conclusiones y recomendaciones. Con oficio No. 2008-2531-GG de 28 de julio de 2008 el Gerente General de ETAPA remitió al Contralor General del Estado el expediente del referido sumario administrativo, conjuntamente con el informe respectivo, solicitando se emita la resolución que corresponda. Mediante memorando No. 2016-DRH de 12 de agosto de 2006, la Directora de Recursos Humanos de la Contraloría General del Estado informó al Contralor que está de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones emanadas de ETAPA. Con acción de personal No. 337 que rige a partir del 15 de agosto de 2008, el Contralor General del Estado resolvió destituir al ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo del cargo de Auditor Interno de ETAPA. Entre los fundamentos que constan en dicha acción de personal se menciona que "*de la revisión del expediente del sumario administrativo, se desprende*

que a fojas 83 y 84, consta el oficio No. 6524-DR2JA de 15 de octubre de 2007, mediante el cual el Director Regional 2 devuelve al Ing. Com. Manuel Vélez Criolla, el Informe del Examen Especial al Control y Fiscalización de Obras Civiles de la Planta Externa de Telecomunicaciones ETAPA, señalando en este oficio que del resultado de la revisión del informe se determina, entre otras cosas: 'La Orden de Trabajo se emite el 22 de junio de 2006, la lectura del borrador se realiza el 18 de julio de 2007 y el informe para aprobación se remite el 26 de septiembre de 2007, entre estas etapas han transcurrido un año un mes en el primer caso y un año tres meses en el segundo' (...) el informe del Examen Especial al Sistema de Información Computarizado de Costos y Presupuestos – SICCP de ETAPA, señalando en este oficio que del resultado de la revisión del informe se determina entre otras cosas: 'La Orden de Trabajo No. 06-2006-UAJE se emite el 4 de octubre de 2006, la lectura del borrador del informe se realiza el 19 de julio de 2007 y el informe para aprobación se remite el 21 de septiembre de 2007, entre estas etapas han transcurrido aproximadamente un año en el primer caso y dos meses en el segundo. Se incumplen los artículos 17 y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado".

4.3.- El actor en su demanda planteada ante el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo manifestó que la resolución impugnada se dio al cabo de un procedimiento administrativo en el cual se le había acusado de no haber tramitado con oportunidad los exámenes de control; es decir, con cargos que suponían una especie de negligencia, lo que a criterio del actor merecería una sanción pecuniaria únicamente, mas sin embargo se decidió sancionarle con la destitución por una supuesta incapacidad en el desempeño de sus funciones, agregando el actor que "*el incumplimiento de dos deberes (literales e. y g. del artículo 24) , y el quebrantamiento de once prohibiciones (literales d. al n. del artículo 26), en una absurda acumulación de cargos que nada tienen que ver con la acusación originalmente formulada. El acto impugnado incurre, por esta razón, en falsa motivación, infringiéndose la norma constitucional del numeral 13 del artículo 24, entonces vigente*". Adviértase que el

actor en su demanda acepta expresamente el retardo injustificado en la presentación de los exámenes de control, pero muestra su discrepancia en la sanción aplicada, ya que a criterio del hoy recurrente, dicha falta disciplinaria solo ameritaría una sanción pecuniaria y no una destitución. Sobre el particular, en el séptimo considerando del acto administrativo impugnado se menciona que a fojas 83 y 84 consta el oficio No. 6524-DR2JA de 15 de octubre de 2007, mediante el cual el Director Regional 2 devuelve al Auditor Interno de ETAPA el Informe del Examen Especial al Control y Fiscalización de Obras Civiles de la Planta Externa de Telecomunicaciones, señalando en este oficio que del resultado de la revisión del informe se determina que: "*La Orden de Trabajo se emite el 22 de junio de 2006, la lectura del borrador se realiza el 18 de julio de 2007 y el informe para aprobación se remite el 26 de septiembre de 2007, entre estas etapas han transcurrido un año un mes en el primer caso y un año tres meses en el segundo*". En el considerando octavo del referido acto se menciona que a fojas 85 y 86 consta el oficio No. 6569-DR2JA de 9 de octubre de 2007 mediante el cual el Director Regional 2 devuelve al Auditor Interno de ETAPA el informe del Examen Especial al Sistema de Información Computarizado de Costos y Presupuestos SICCP de ETAPA, señalando que: "*La Orden de Trabajo No. 06-2006-UAJE se emite el 4 de octubre de 2006, la lectura del borrador del informe se realiza el 19 de julio de 2007 y el informe para aprobación se remite el 21 de septiembre de 2007, entre estas etapas han transcurrido aproximadamente un año en el primer caso y dos meses en el segundo*". Por tales motivos, en el acto administrativo impugnado, acertadamente se menciona que en este caso se han violado los artículos 17 y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, según los cuales las unidades de auditoría interna enviarán a la Contraloría General del Estado sus informes en el término de ocho días contados desde la fecha de suscripción, y serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo, hasta la aprobación del informe, en el plazo máximo de ciento ochenta días improrrogables. En la sustanciación del sumario administrativo el Auditor Interno de ETAPA no logró comprobar que lo referidos informes de control hayan

sido elaborados y presentados dentro del plazo establecido en las citadas normas, más bien lo que ha tratado es de justificar los desfases con varios argumentos que jamás fueron aceptados por el Director de la Regional 2 ni por el Coordinador de Auditorías Internas. En lo que respecta a lo que el actor denomina "acumulación de cargos", en su demanda manifiesta que se lo está acusando del incumplimiento de dos deberes (literales e) y g) del artículo 24 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público), mas sin embargo se verifica que el acto administrativo impugnado constante en la Acción de Personal No. 337, solamente se refiere al incumplimiento de los deberes establecidos en los literales b) y d) del citado artículo, el primero de los cuales determina el deber de los servidores públicos de desempeñar las obligaciones de su puesto con eficiencia y diligencia, y el segundo literal enunciado establece el deber de cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. Adicionalmente en la demanda el actor manifiesta que se lo está acusando del quebrantamiento de once prohibiciones (literales d) al n) del artículo 26 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público), pero en realidad en el acto administrativo impugnado solamente se menciona que el actor ha incumplido los literales c) y n) del citado artículo 26. El primero de los literales enunciados prohíbe a los servidores públicos retardar o negar injustificadamente el oportuno despacho de los asuntos a que está obligado de acuerdo a las funciones de su puesto. El segundo literal mencionado se refiere a la prohibición de los servidores públicos de percibir sueldo sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme el manual de funciones de la respectiva institución. De esta manera queda evidenciado que la aseveración constante en la demanda de que en el presente caso existe "*una absurda acumulación de cargos que nada tienen que ver con la acusación originalmente formulada*" es totalmente infundada, ya que las normas legales citadas son pertinentes al caso analizado, no existe una indebida acumulación sino que se han aplicado únicamente las normas que

regulan los deberes y las prohibiciones de los servidores públicos en lo relacionado a la eficiencia y oportunidad en el despacho de los asuntos propios de su puesto, que es la materia sobre la que se trabó la litis en este caso, las mismas que están previstas en varias disposiciones y que de manera concordante son citadas en el acto impugnado, explicando a continuación la pertinencia de su aplicación al caso concreto, quedando demostrado así que la acción de personal con la que se destituyó del cargo al actor se encuentra adecuadamente motivada.

4.4.- El actor en su escrito de demanda planteada ante el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo manifiesta que: "*En lo que corresponde a mi presunta incapacidad para el desempeño de mis funciones, no se cumplió el debido proceso que, según la misma ley orgánica (arts. 83 y siguientes) y su Reglamento, debió partir de una evaluación hecha por la Unidad de Recursos Humanos que mereciera una calificación ínfima, la cual podía ser sujeta a reclamo, y que debió repetirse después de tres meses, para considerarme como servidor inaceptable y ser sujeto a destitución*". Al respecto es necesario aclarar que el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que el ejercicio de la auditoría gubernamental será objeto de planificación previa y de evaluación posterior de sus resultados. El *Reglamento sobre la organización, funcionamiento y dependencia técnica de las unidades de auditoría interna de las entidades que controla la Contraloría General del Estado*, publicado en el Registro Oficial 70 de 28 de abril de 2003, en su artículo 5 señala que las unidades de auditoría interna serán objeto de evaluación por parte de la Contraloría General, la misma que aprobará los planes anuales de trabajo, el control de la calidad de los informes, así como la evaluación de desempeño de sus miembros con la utilización de indicadores objetivos y cuantificables. El numeral 15 del artículo 8 del citado Reglamento establece como una de las funciones de la unidad de auditoría interna, preparar trimestral y anualmente información de las actividades cumplidas en relación con los planes operativos de trabajo, la cual será enviada a la Contraloría General para su revisión. El numeral 17

de la mencionada norma reglamentaria determina la obligación de la unidad de auditoría interna de cumplir con las normas e instrucciones que expida la Contraloría General del Estado para el eficaz funcionamiento técnico de la unidad. En lo referente al Plan Anual de Auditoría, el inciso segundo del artículo 11 del Reglamento antes descrito, señala que dicho Plan Anual "*será un elemento esencial para evaluar posteriormente el desempeño de la unidad*". Por su parte, el artículo 21 del mencionado Reglamento dispone que la estructura y contenido de los informes, así como el proceso de auditoría, se ajustará a las normas y manuales de auditoría vigentes y debe cumplir con las siete normas detalladas en dicha disposición reglamentaria. En el presente caso se verifica que durante la audiencia desarrollada en el sumario administrativo, el Gerente General de ETAPA presentó al Director de Recursos Humanos el oficio No. 004948 de 11 de julio de 2008 en el que el Director de la Regional 2 informó que se procedió al análisis del informe de avances y cumplimiento del "Plan Anual de Actividades 2008 de la Unidad de Auditoría Interna de ETAPA", cuyos resultados se muestran en el memorando No. 38-DR2CAI-JAA-2008 suscrito por el Coordinador de Auditorías Internas, quien manifiesta que se ha determinado que el informe no cumple con los lineamientos y políticas emitidos por la Contraloría General del Estado para la formulación, ejecución, evaluación, coordinación de labores y formularios del Plan Anual de Control, documento que fue entregado a los auditores internos para su estricto cumplimiento, agregando que "*como el Auditor no acata las citadas disposiciones, el informe presentado a la Gerencia General no es concreto y fundamentado con datos reales, por el contrario prescinde de información indispensable para la evaluación, en cambio abunda con una serie de referencias incoherentes, imprecisas e innecesarias que confunde y dificulta su análisis*". En lo referente a la evaluación, el Coordinador de Auditorías Internas manifiesta que: "*En lo fundamental, se omite presentar el formulario No. 3 denominado 'AUTOEVALUACIÓN DEL PLAN DE CONTROL AÑO 2008', el cual permite evaluar y calificar directamente el cumplimiento de los exámenes previstos en el plan. Para*

verificar la información proporcionada por el Auditor Interno sobre el porcentaje de exámenes ejecutado por la Unidad de Auditoría Interna en el 2008, se consignó en el citado formulario No. 3 los datos que en forma dispersa e incompleta se encuentran en el informe del Auditor Interno; y, se determina que en el 2008, la mencionada unidad debe cumplir 16 exámenes, correspondientes a 1 de arrastre y 15 planificados, de los cuales no se cumplió ninguno, sin embargo el Auditor Interno manifiesta que ha realizado 11 actividades (exámenes), de los cuales 10 dice son de arrastre; y, concluye afirmando que las actividades de control se cumplieron en un porcentaje del 48%, aseveración que no es real, porque en el formulario de autoevaluación, se demuestra que ningún examen se terminó, que solo uno de arrastre es autorizado y que es deficiente las actividades de control de Auditoría Interna, ya que se cumplió apenas el 1,10% de lo previsto. Es necesario informar a su Autoridad que se observó graves irregularidades en las órdenes de trabajo emitidas por el Auditor Interno, pues en el 2008, aparte de duplicar la numeración, se emiten órdenes de trabajo para realizar exámenes que debían ejecutarse en el 2007; pretendiendo ocultar esta deficiencia, al momento de emitir las órdenes de trabajo; se manipula las fechas de estos documentos de carácter público, para que asomen como emitidas el 26 de diciembre del 2007, hecho que se evidencia con la fe de presentación firmada por los auditores jefes de equipo, al momento de recibir dichos documentos…". En lo referente a la evaluación de desempeño del año 2007 cabe indicar que dentro del período de prueba del sumario administrativo se presentó el oficio No. 5287-DR2UA de 21 de julio de 2008 de la Directora de la Regional 2 de la Contraloría General del Estado, al que se adjuntó el memorando No. 40-DR2UA suscrito por el Coordinador de Auditorías Internas, quien manifiesta: "*cúmpleme informar que esta Entidad de Control, amparada en lo señalado en el artículo 5 del Reglamento sobre la Organización, Funcionamiento y Dependencia Técnica de las Unidades de Auditoría Interna de las Entidades que controla la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial 70 de 28 de abril de 2003, dispuso la evaluación de desempeño*

del personal técnico que conforma la Unidad de Auditoría Interna de ETAPA, la cual se debía realizar a base de la autoevaluación presentada por el Auditor Interno (...) Verificada la información presentada por el Auditor Interno de ETAPA, se determinó que el Informe Anual de Labores-2007, presentado por el Auditor Interno de ETAPA, omite mucha información indispensable para la evaluación y verificación del cumplimiento del Plan Anual de Control, lo cual limitó y no permitió la evaluación técnica del personal de la Unidad, sin embargo se determinó que el Ing. Com. Manuel Vélez C., inobserva los artículos 17 y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado". De esta manera queda evidenciado que en el presente caso no se ha violado el debido proceso, ya que para el caso de las unidades de auditoria interna, el órgano competente para la evaluación de desempeño es la Contraloría General del Estado, y el instrumento que se debe utilizar para dicha evaluación es el Plan Anual de Trabajo que debe ser elaborado por el Auditor Interno siguiendo las normas y políticas emanadas del Contralor. En el caso *sub iudice*, las políticas y lineamientos para el Plan Anual fueron entregadas al Auditor Interno de ETAPA con oficio No. 34798 de 31 de julio de 2006, las cuales debían ser acatadas obligatoriamente, mas sin embargo el Auditor Interno no las cumplió y presentó su Plan Anual prescindiendo de información indispensable, a tal punto que omitió voluntariamente presentar el formulario No. 3 denominado "Autoevaluación del plan de control año 2008", el cual hubiera permitido evaluar y calificar directamente el cumplimiento de los exámenes previstos en el Plan. De todas maneras se logró verificar en la información dispersa presentada por el Auditor Interno que ningún examen se terminó, de los 16 exámenes que se había planeado ejecutar para el año 2008, ya que solo uno de los exámenes de arrastre fue autorizado, cumpliendo apenas el 1,10% de lo previsto. A pesar de las referidas omisiones del Plan Anual, la Coordinación de Auditorías Internas determinó, sobre indicadores objetivos y cuantificables, que el Auditor Interno de ETAPA incumplió los artículos 17 y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, al existir prueba documental de que los informes de control fueron presentados

extemporáneamente, los mismos que no fueron aprobados por no cumplir con las disposiciones legales y con los lineamientos que norman las actividades de las auditorías internas. En tal virtud, el acto administrativo impugnado, acertadamente fundamentó la destitución del Auditor Interno de ETAPA en el literal a) del artículo 49 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; esto es, la incapacidad probada en el desempeño de sus funciones previo el informe de la unidad encargada de la evaluación de desempeño, que como quedó evidenciado, al tratarse de un Auditor Interno, el órgano competente para dicha evaluación es la Contraloría General del Estado, conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los artículos 5 y 11 del Reglamento sobre la organización, funcionamiento y dependencia técnica de las unidades de auditoria interna de las entidades que controla la Contraloría General del Estado. Es también procedente la fundamentación de la destitución en el literal i) de la citada norma legal, esto es, quebrantar las prohibiciones previstas en su artículo 26, entre las cuales se encuentra la prohibición de retardar injustificadamente el oportuno despacho de los asuntos a los que está obligado de acuerdo a las funciones de su puesto.

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,** casa la sentencia expedida el 28 de marzo de 2011, a las 11h10, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio No. 003-2009 seguido por el ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo en contra del Contralor General del Estado; y, conforme lo previsto en el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, declara la legalidad y validez del acto administrativo contenido en la acción de personal No. 337 de 15 de agosto de 2008 con la que el Contralor General

del Estado destituyó al ingeniero Manuel Jesús Vélez Criollo del cargo de Auditor Interno de la Empresa Pública de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA. De conformidad a lo establecido en el numeral 10 del artículo 129 de Código Orgánico de la Función Judicial, remítase copia certificada de esta sentencia a la Fiscalía en virtud de existir hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal, por lo señalado en el numeral 4.4 de este fallo. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 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

VOTO SALVADO: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 28 de abril de 2016, a las 16h47.-

VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito este voto salvado:

En virtud de que: **A)** El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, la Jueza y Juez Nacionales, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera y Dr. Pablo Tinajero Delgado, han sido designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014. **B)** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No.1-2015 de 28 de enero de 2015, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y 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 el acta de sorteo de 8 de julio de 2013 que consta en el proceso, y 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. **D)** Agréguese al proceso el escrito de 13 de febrero de 2015 presentado por el Contralor General del Estado. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- 1.1.- El 28 de marzo de 2011, 11h10, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio propuesto por el señor Manuel Jesús Vélez Criollo en contra de la Contraloría General del Estado (CGE), en sentencia resolvió que: *"no admite la acción propuesta y determina la existencia de COSA JUZGADA.-"*.

1.2.- Mediante auto de admisibilidad de 27 de mayo de 2013, 16h27, el Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso de

casación interpuesto por el señor Manuel Jesús Vélez Criollo, en los siguientes términos:

"El recurrente, identifica a las partes procesales e indica la sentencia recurrida, fundamentando su recurso de casación en las causales primera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación; señalando que las normas de derecho que infringe el fallo son las siguientes; a) art. 76, numeral 7, literal i) de la Constitución de la República; b) Art. 297 del Código de Procedimiento Civil; c) Arts. 10 literal a; 59 literal b y 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, d) Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.-".

Corrido traslado con el recurso deducido, el Contralor General del Estado manifiesta que de manera alguna procede el recurso de casación propuesto por el actor, y solicita a los Jueces que lo rechacen.

SGUNDO.- 2.1.- El recurrente, señor Manuel Jesús Vélez Criollo, en su escrito de casación señala, entre otras argumentaciones, las siguientes:

"La jurisdicción contencioso administrativa, según las definiciones de los artículos 10 a) y 59 de la ley de la materia, controla la legalidad de los actos de las administraciones públicas y puede declarar su nulidad, eliminándolos del mundo jurídico, y no suspendiendo sus efectos.
La contenciosa administrativa es una jurisdicción privativa –exclusiva y excluyente- del tribunal competente en razón de la materia, que se ejerce con el procedimiento establecido por la ley pertinente ley especial; en cambio la jurisdicción constitucional se ejerce por una variedad de jueces, con otro procedimiento y otros fines, según la ley de la materia respectiva, que imponía, entonces, que el pronunciamiento final sea dictado por un órgano no judicial, el Tribunal Constitucional.
En este sentido, es especialmente ilustrativo el fallo No. 49-04 dictado por la Sala de lo Administrativo de la entonces Corte Suprema de Justicia dentro del juicio seguido por Centeno en contra de la Corte Nacional de Menores y publicado en el Registro Oficial No. 365 del 28 de junio de 2004, donde se hace, entre otras, esta clara distinción: *'... aceptándose que existe identidad subjetiva, por intervención de las mismas partes, no existe identidad objetiva, ya que las planteadas son dos acciones diferentes, la de amparo, consagrada en la Constitución Política de la República y la*

Ley de Control Constitucional y la acción subjetiva o de plena jurisdicción, regida por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos objetivos, si bien aparentemente similares, en esencia son absolutamente diferentes'.

No existe, entonces, identidad objetiva y cosa juzgada, ni ayer ni hoy, y el fallo judicial que pronuncia lo contrario yerra en la aplicación de la norma del artículo 297 del Código Civil, erradamente seleccionada y absolutamente impertinente para resolver la causa.".

2.2.- Los jueces del Tribunal Distrital, en su sentencia consideraron que:

"QUINTA.- (...) En la consideración Tercera que se ha transcrito, la Corte Constitucional, se pronuncia en el sentido de que en la destitución del actor del puesto de Auditor Interno de la Unidad de Auditoría de ETAPA, no existe violación alguna **ni legal ni constitucional**. Al no existir violación a la ley, en relación a la autoridad que le destituyó; que no se observa violación respecto al trámite; que tampoco hay violación a la ley, a la seguridad jurídica, ni al debido proceso. La Corte Constitucional, en el fallo pronunciado, no aborda únicamente lo constitucional, en forma reiterada indica que no existe violación legal alguna, imposibilitando al Tribunal pueda conocer sobre un asunto que ha sido resuelto y que ha pasado en Autoridad de Cosa Juzgada, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, en virtud del cual no puede volverse a discutir el asunto que ha sido motivo del fallo. La resolución dictada por la Corte Constitucional, determina la situación jurídica de las partes, que no puede alterarse por otro Tribunal. En conclusión no existe duda de que existe un juicio, una sentencia ejecutoriada sobre la materia motivo del estudio. El Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, al tratar los **[Efectos irrevocables y de la Cosa Juzgada de la sentencia ejecutoriada]** La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho...".

TERCERO.- 3.1.- En virtud de que el fundamento del Tribunal de instancia fue que la Corte Constitucional ya resolvió sobre la legalidad o no del acto administrativo impugnado, entonces por efecto de la cosa juzgada ya no correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa volver a resolver sobre ese asunto. Por tanto, este caso se

centra en determinar el supuesto efecto de cosa juzgada de la resolución dictada dentro de la acción de amparo constitucional planteada y que fuera negada por la Primera Sala de la Corte Constitucional, según consta a fojas 1197 a 1202 del expediente de instancia, lo que constituye un asunto de suma importancia debido a la trascendencia que puede tener sobre la competencia de los jueces de la justicia ordinaria.

3.2.- Para el análisis respectivo es necesario determinar, en primer lugar, la naturaleza de la extinta acción de amparo constitucional, prevista en la anterior Constitución Política y en la derogada Ley de Control Constitucional, ambas vigentes en la época.- La parte pertinente del Art. 95 de la Constitución de 1998 disponía: "Art. 95.- … Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave…".

3.3.- Por su parte el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional en la parte que corresponde ordenaba: "Art. 46.- El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.".

3.4.- Por los textos antes transcritos siempre se consideró que la acción de amparo fue cautelar. De hecho, así lo entendió la Corte Suprema de Justicia, que en forma expresa lo determinó en la Resolución (de carácter general) de 27 de Junio de 2001

(RO 378, 27-VII-2001), que en su artículo 1 define **que la "acción de amparo es cautelar** y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de las personas…".

CUARTO.- 4.1.- En el derecho comparado, la legislación colombiana sobre la acción de tutela, que es equiparable a lo que era nuestra acción de amparo, es totalmente clara al respecto, la doctrina señala: "El precepto constitucional según el cual la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **le otorga el carácter de subsidiaria, y niega la posibilidad de su manejo como un instrumento adicional o alternativo de la víctima, o sustitutivo de las acciones ordinarias** y especiales establecidas en los códigos procesales." (Henao Hidrón, Javier, Derecho Procesal Constitucional, Temis, 3ra. Ed., Bogotá, 2010. Pag. 38).

4.2.- La subsidiaridad se confirma en la legislación colombiana al establecerse un plazo máximo de cuatro meses para interponer la acción ordinaria luego del fallo de tutela, el mismo autor señala: "… la orden del juez de tutela tendrá este preciso alcance: **permanecerá vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la demanda**, siempre y cuando esta sea propuesta por el afectado en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela…- Agrega la precitada disposición que la acción de tutela, **utilizada como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable,** podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso. Y que el juez de tutela, si lo estima procedente, podrá ordenar mientras dure dicho proceso la inaplicación del acto particular respecto de la situación jurídica concreta." (Ibídem. Pág. 41) (la negrilla nos corresponde).

QUINTO.- 5.1.- Además, resulta muy pertinente tener en cuenta que la Constitución de la República actual, **establece como garantía fundamental el derecho a impugnar los actos administrativos ante la Función Judicial** "Art. 173.- Los actos

administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial." (anteriormente esta garantía también estaba prevista en el Art. 196 de la Constitución de 1998), derecho que no puede ser restringido por haberse presentado una acción de amparo constitucional, que como hemos visto es de naturaleza eminentemente cautelar; por lo que en ese orden conceptual, se señala que "el control de la legalidad de actos está asignado en el Ecuador a la jurisdicción contencioso administrativa, a la que el juez constitucional no puede reemplazar a través de un proceso de amparo...". (Oyarte, Rafael, La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia Dogmática y Doctrina, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2006, pág. 145).

5.2.- Por tanto, el efecto de las resoluciones dictadas dentro de los recursos de amparo constitucional, no podrían constituir cosa juzgada en la justicia ordinaria, dada su naturaleza cautelar.

"Al ser concedido el amparo sea por el juez constitucional o por el Tribunal Constitucional se suspende definitivamente el acto impugnado. Esta denominación de suspensión definitiva, como se verá, no implica que sobre el acto no se puedan dar otras decisiones en sede jurisdiccional o en sede administrativa. La suspensión que se dicta al finalizar el proceso de amparo se denomina "definitiva" por la razón exclusiva de diferenciarla de la providencia de suspensión provisional que se puede adoptar al inicio del procedimiento.- En consecuencia, si suspender quiere decir diferir o detener temporalmente una acción u obra, no puede, en estricto sentido literal, suspenderse algo "definitivamente". **En materia de amparo por la naturaleza del proceso, la suspensión es una medida cautelar, por lo que el acto se suspenderá hasta que se resuelva el fondo del asunto que se propone**" (Ibídem, pág. 214) (la negrilla nos corresponden).

5.3.- Resulta extraño, además, que en la parte considerativa y resolutiva de la sentencia se arguya la existencia de cosa juzgada, cuando aquello constituye una excepción perentoria que no fue alegada por la parte demandada, como se puede apreciar en la contestación de la demanda que consta de fojas 22 a 24 vta. del expediente de

instancia. Es decir, en otras palabras, el Tribunal de instancia en su resolución no explica la pertinencia de la excepción perentoria de cosa juzgada con relación a los antecedentes de hecho materia del juzgamiento, **pues la sentencia, bajo la aparente e incorrecta aplicación de la institución de cosa juzgada en realidad lo que ha hecho es sostener que simplemente no tiene jurisdicción para administrar justicia en el presente caso,** porque éste ha sido conocido previamente por la Corte Constitucional mediante una acción de amparo constitucional, lo cual como se ha indicado a lo largo de este fallo es totalmente incorrecto.

5.4.- El Tribunal de instancia en la sentencia impugnada, no ha cumplido con su obligación legal de sentenciar y aplicar la jurisdicción y competencia que le otorga la Ley en los artículos 150 y 217 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en concordancia con los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; violentándose así, además, los principios de "legalidad, jurisdicción y competencia" señalado en el artículo 7 del COFJ que dispone que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la Ley; el de seguridad jurídica que consta en el artículo 25 del COFJ en concordancia con el artículo 173 de la Constitución de la República que señala: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."; y el de la obligatoriedad de administrar justicia señalado en el artículo 28 del COFJ, que en lo principal dispone que las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia.

En razón de todo lo indicado, **y además de que esta Sala especializada ya se pronunció de manera similar en la sentencia de mayoría de 24 de enero de 2014, 16h56, dentro del Recurso de Casación No. 448-2010** (juicio propuesto por el señor Carlos Oswaldo Torres Orellana en contra del Municipio de Chordeleg), sin que sean necesarias más consideraciones, **CONSIDERO QUE SE DEBERÍA RESOLVER**

QUE: Por no haber explicado el Tribunal de instancia en su resolución, la pertinencia de la cosa juzgada, con relación a los antecedentes de hecho materia del juzgamiento, como se ha dicho en el considerando quinto de este voto salvado; en aplicación a lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, este Tribunal debería considerar nulo el fallo materia del recurso, por los efectos directos que establece la norma constitucional antes referida, y por consiguiente disponer que se devuelva el proceso al Tribunal de instancia a fin de que sentencie la causa puesta a su conocimiento. 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
SECRETARIA RELATORA