

*Pablo*

Juicio No. 17741-2015-0283

**JUEZ PONENTE: DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO,  
JUEZ NACIONAL (PONENTE)**

**AUTOR/A: DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 8 de mayo del 2018, las 10h22. **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 N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; y la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **b)** con Resolución N° 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se integraron las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **c)** el 19 de julio de 2016 se sorteó la causa No.17741-2015-0283, correspondiendo su conocimiento a la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y a los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Pablo Tinajero Delgado, este último en calidad de Juez ponente; **d)** somos competentes para conocer y resolver la presente causa en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 1 de la Ley de Casación. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

### **I.- ANTECEDENTES**

**1.1.-** En sentencia de 6 de febrero de 2015, emitida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio No. 09801-2010-0501 seguido por el representante legal de la compañía COEXVEN S.A. en contra de CNEL S.A. Corporación Nacional

de Electricidad, se resolvió: “*rechaza la demanda interpuesta por el señor Joffre Alejandro Páez Pazos, Gerente General y Representante Legal de COEXVEN S.A. en contra de la Corporación Nacional de Electricidad CNEL S.A.*”.

1.2.- El representante de COEXVEN S.A. solicitó aclaración y ampliación de la referida sentencia; y, luego de correrse traslado a la contraparte con dicho pedido, con auto de 17 de marzo de 2017 el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil negó la mencionada solicitud.

1.3.- El señor Joffre Alejandro Páez Pazos, en su calidad de Gerente General de COEXVEN S.A., interpuso recurso de casación fundamentándose para el efecto en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4.- La Conjueza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 11 de julio de 2016, admitió a trámite el mencionado recurso de casación.

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

2.1.- **Delimitación del problema jurídico a resolver.-** El presente recurso de casación está orientado a decidir si en la sentencia de 6 de febrero de 2015 emitida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo dentro del juicio No. 09801-2010-0501, se ha incurrido en los vicios alegados por el recurrente, esto es: con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 1, 10, 11, 75, 76, 169 y 172 de la Constitución de la República, de los artículos 65 y 41 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. De comprobarse estos yerros en el fallo recurrido, se dictará la sentencia de mérito que corresponda.

**2.2.- Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 1, 10, 11, 75, 76, 169 y 172 de la Constitución de la República.-** En el recurso el casacionista cita el artículo 1 de la Constitución que establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, luego enuncia el artículo 424 de la Carta Magna que trata sobre la supremacía constitucional, y a continuación menciona que de conformidad con el artículo 10, las personas son titulares de los derechos garantizados en la Constitución, para luego señalar: “... *el ordenamiento jurídico Ecuatoriano propugna un juez únicamente sometido a la Constitución, a los tratados internacionales de derechos humanos y a la Ley; por ello nuestro país dejó de ser un estado social de derecho, pasando a ser un estado social de derecho y justicia para que el proceso sirva realmente como un medio de tutela jurídica al servicio de la persona*”. Finalmente el recurrente menciona que se han dejado de aplicar en la sentencia el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución que establece que todos los derechos son inalienables, el numeral 9 del artículo 11 que establece que el más alto deber del Estado es respetar los derechos garantizados en la Constitución, el artículo 75 que regula la tutela judicial, el literal l) del numeral 7 del artículo 76 que determina que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, y el artículo 169 que establece que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Al respecto es necesario remitirnos al tratadista Santiago Andrade Ubidia, quien al analizar la acusación que hacen los recurrentes sobre violación a disposiciones constitucionales, cita las Resoluciones Nos. 147 y 249 de 11 de julio de 2002 y 2 de julio de 2001 respectivamente, emitidas por la ex Corte Suprema de Justicia, que señalan: “... *la afirmación de que se está desconociendo los mandatos contenidos en estos cuerpos normativos de carácter superior, implica un cargo de tal gravedad y trascendencia, porque significa que se está resquebrajando la estructura fundamental de la organización social por lo que debe ser analizada prioritariamente, y el cargo debe ser fundado ya que, de ser fundamentado, todo lo actuado quedará sin valor ni eficacia alguna, por lo*

*que no puede realizarse ligeramente una afirmación de esta naturaleza, sino que se ha de proceder con seriedad, responsabilidad y respeto frente al texto constitucional (...) de tal manera que si se alega que en una resolución judicial se ha producido tal violación, ésta debe ser probada puntualmente, determinando con absoluta precisión en qué parte de la sentencia se desconoce el principio constitucional invocado. No cabe la violación en abstracto de tales principios, ni puede constituir el fundamento de la alegación, la insatisfacción que puede sentir un litigante si el juez no acepta su pretensión o la acepta parcialmente...".* En el presente caso, el recurrente se limita a enunciar ciertos principios generales contenidos en algunas disposiciones de la Constitución de la República, pero no explica ni especifica en qué parte de la sentencia se ha dejado de aplicar esos principios constitucionales, tampoco indica la trascendencia de esas disposiciones ni explica de qué manera la sentencia hubiera sido distinta si se hubieran aplicado dichos principios constitucionales, motivos por los cuales se desecha el recurso por este extremo.

**2.3.- Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.-** Al fundamentar el recurso el casacionista manifiesta que con posterioridad a la terminación unilateral del contrato, el Contratista ha informado por escrito a CNEL sobre los “*avances en el cumplimiento del contrato*”, para que ciertos valores sean imputados en la liquidación, y a continuación señala que el 7 de octubre de 2009 la empresa COEXVEN había entregado algunos materiales a la Regional de Santa Elena, y el 24 de diciembre de 2009 ha entregado otros materiales a la Regional de Esmeraldas, para a continuación manifestar: “*Es decir el contrato continuó ejecutándose, pese a la declaración de terminación unilateral, y con ello, una implícita o tácita reconsideración de lo mismo. Estas comunicaciones jamás tuvieron respuesta. Por tanto, se violó el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, según el cual todo reclamo, solicitud, pedido*

--3--  
pro

97  
noventa  
siete

deberá ser resuelto en un término no mayor de quince días. Ha operado el silencio administrativo, es decir ha de entenderse que el reclamo, solicitud o pedido fue aprobado". Al respecto es necesario señalar que el acto administrativo impugnado es la Resolución No. GG-RE-234-2009 de 31 de diciembre de 2009, notificada el 6 de enero de 2010, mediante la cual la entidad contratante decidió la terminación unilateral del contrato suscrito con el ahora recurrente. Mas sin embargo, el casacionista señala que con "posterioridad" a dicha resolución el contrato se habría continuado ejecutando, y para demostrar aquello cita dos comunicaciones de fechas 7 de octubre y 24 de diciembre de 2009, que a su criterio no habrían sido respondidos oportunamente, pero sobre el particular se debe aclarar que dichas comunicaciones han sido presentadas "antes" de la emisión de la resolución que se impugna, de manera que las referidas comunicaciones no pueden servir de fundamento para que el recurrente alegue que ha operado el silencio administrativo respecto al acto impugnado. Por otro lado es necesario señalar que en Derecho Administrativo se ha considerado que el silencio administrativo es ajeno a la materia contractual, pues tratándose de contratación pública, la relación jurídica se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, y por las cláusulas exorbitantes fijadas por la administración pública en base a su *imperium*, por lo que resulta improcedente pretender que por la falta de oportuna contestación la normativa contractual sea modificada. Al respecto es necesario citar la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia el 14 de enero de 2010 dentro de la causa No. 266-2006, Resolución No. 20-2010, que en la parte pertinente señala: "La Sala considera que es necesario también referirse sucintamente al silencio administrativo en materia contractual, como es el caso, a manera de información doctrinaria. Todos los tratadistas del derecho administrativo han considerado y han estudiado lo referente al silencio administrativo, llegando a la conclusión que la institución del silencio positivo o negativo (en nuestro sistema jurídico positivo) es ajeno a la materia contractual que,

*dentro de los límites señalados en la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual resulta extraño pretender que mediante una falta de oportuna contestación sea modificada la normatividad contractual establecida*". Por tal consideración, en el presente caso, no procede el silencio administrativo.

**2.4.- Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del inciso segundo del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.-** El recurrente cita sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo y cita además doctrina referente a la caducidad en materia contractual. Al respecto es necesario señalar que el actor impugna la resolución de terminación unilateral del contrato, la misma que fue emitida por CNEL por supuestos incumplimientos del contratista; y, a su vez, la empresa contratista aduce incumplimientos por parte de CNEL. Lo dicho evidencia que la materia primigenia de esta causa es de naturaleza eminentemente contractual, y en consecuencia el Tribunal de instancia estaba en la obligación de aplicar la norma pertinente al caso sometido a su consideración, puesto que el numeral 2 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como deber de los jueces: *"Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente"*. Consecuentemente, al momento de resolver sobre la caducidad de la acción, el Tribunal de instancia debía haber aplicado la parte pertinente del segundo inciso de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente a la época, que textualmente dispone: *"En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años"*. Analizada que ha sido la sentencia recurrida, esta Sala Especializada verifica que el Tribunal de instancia ha omitido aplicar esta norma, la cual resulta determinante en su parte dispositiva y sin duda influyó en la decisión

98-  
noventa y  
seis

de la causa, puesto que si dicho Tribunal la hubiera aplicado, la sentencia hubiera sido diferente toda vez que el Tribunal de instancia hubiera llegado a la conclusión de que en el presente caso no ha operado la caducidad, ya que el acto administrativo impugnado fue notificado el 6 de enero de 2010 y la demanda fue presentada el 21 de julio de 2010; es decir, la acción fue presentada oportunamente, motivo por el cual se acepta el recurso por este extremo. En consecuencia esta Sala Especializada debe dictar la sentencia de mérito que corresponde, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, y para hacerlo se considera: De conformidad a lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y de manera previa a la terminación unilateral del contrato materia primigenia del juicio, el representante legal de CNEL notificó a COEXVEN S.A. con la anticipación de 10 días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente, adjuntando para el efecto el correspondiente informe técnico y económico contenido en el oficio ME-CNEL-CORP-GT-029-09 de 7 de octubre de 2009 (fojas 333 a 337). En dicha notificación se indicó específicamente el incumplimiento en que había incurrido el contratista, advirtiéndole que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato (oficio CNEL-CORP-GG-1092-09 de 22 de octubre de 2009 constante a fojas 331 y 332 del proceso). Dentro del referido término, la empresa contratista presentó dos documentos: a) oficio No. CO #141-09 de 23 de octubre de 2009 (foja 338), que se limita a solicitar a CNEL que autorice la recepción de varias luminarias *“mismas que se encuentran listas para ser desaduanizadas del Puerto de Guayaquil”*. En este documento COEXVEN reconoce la mora en la entrega de algunos de los productos contratados, al señalar lo siguiente: *“... aceptando y autorizando expresamente a Uds. el cobro de la penalización requerida equivalente al 10% de las luminarias en mención. Esta misma penalización será aplicada a las luminarias de 250W que sean recibidas y entregadas a CNEL Regional Esmeraldas y Regional Santa Elena”*; b) oficio CO # 142-09 de 29 de octubre de 2009 (foja 339) en que la

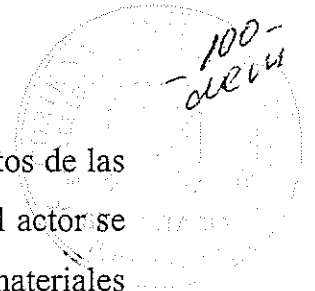
empresa contratista manifiesta que iniciará “... de manera inmediata los trámites pertinentes para desaduanizar del Puerto de Guayaquil y proceder a la entrega recepción de las luminarias...”, para más adelante señalar: “En consideración a lo expuesto, solicitamos prórroga del plazo por veinte días contados a partir del vencimiento de la fecha de notificación de terminación Unilateral de los contratos ...”. Adviértase entonces que lejos de justificar la mora o remediar el incumplimiento, la empresa contratista reconoce la mora en la entrega de algunos de los productos contratados, acepta que se cobren las multas por su incumplimiento, y solicita extemporáneamente una ampliación del plazo contractual para que recién entonces los productos puedan ser entregados. En respuesta a los pedidos de la empresa contratista, con oficio No. CNEL-CORP-GG-1210-09 de 11 de noviembre de 2009 (fojas 347 y 348) la institución contratante manifestó: “... CNEL podrá previo a la liquidación de los contratos, recibir los suministros que han de cumplir con lo convenido contractualmente, sin que signifique modificación alguna a los plazos y cláusulas contractuales; es preciso indicar, que tanto los valores a liquidar como la entrega de los bienes antes indicados se imputarán a cada uno de los rubros establecidos en los contratos suscritos con las regionales según su objeto y al anticipo pagado”. El inciso segundo del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento en el término concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad, añadiendo que la resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas o de cualquier tipo. El quinto inciso de la citada norma legal establece que la declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente



99-  
Trenty  
pauble

reajustados hasta la fecha de terminación del contrato. En cumplimiento a estas disposiciones legales, y al haberse verificado que la contratista no justificó la mora ni remedió su incumplimiento, la CNEL emitió la Resolución No. GG-RE-234-2009 de 31 de diciembre de 2009, notificada el 6 de enero de 2010 (fojas 349 a 352), mediante la cual declaró la terminación unilateral de los contratos suscritos entre COEXVEN S.A. y las regionales de CNEL. En la motivación del citado acto administrativo la CNEL señala, entre otros aspectos, lo siguiente: *"... a pesar de haber transcurrido en exceso el tiempo establecido para las entregas, este no se lo ha cumplido, encontrándose hasta la presente fecha en mora de cumplir con los suministros contratados (...) los hechos que quedan anotados, impiden la debida ejecución del Plan de Reducción de Pérdidas Técnicas dispuesta por la Asamblea Nacional Constituyente a favor del sector eléctrico del país, provocando graves perjuicios económicos a CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., existiendo un claro incumplimiento de la Contratista, que ha provocado además que el valor de las multas por mora en el plazo de entrega de suministros, sobrepase el 5% del valor total contratado"*. El artículo tercero de la mencionada Resolución No. GG-RE-234-2009, en cumplimiento a lo expresamente dispuesto en el quinto inciso del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone: *"Que el Gerente Técnico de CNEL Corporación Nacional de Electricidad en coordinación con cada una de las Regionales y la Gerencia Administrativa Financiera, procedan a realizar y establecer de forma individual el respectivo avance físico objeto de los contratos, si fuere del caso, su liquidación financiera y contable; así como ejecutar todas las garantías otorgadas"*. Con oficio No. CNEL-CORP-GG-0356-10 de 19 de marzo de 2010 (foja 541), la institución contratante remitió a COEXVEN la correspondiente liquidación financiera y contable, adjuntando para el efecto el informe suscrito por el Gerente Administrativo Financiero de CNEL contenido en el memorando No. CNEL-CORP-GAF-055-10 (fojas 550 y 551), en el que se señala que existe un saldo a favor de CNEL de USD \$

800.335,23. El 21 de julio de 2010 el representante legal de COEXVEN S.A. planteó su demanda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil. En dicha demanda el actor realiza una descripción cronológica de los hechos que culminaron con la adjudicación de los contratos. A continuación el actor detalla los pagos recibidos por cada una de las regionales de CNEL y luego detalla los costos incurridos por la contratista en la ejecución del contrato, incluyendo en estos rubros el monto de las cartas de crédito, el costo bancario por la emisión de las cartas de crédito, el costo de las pólizas de los seguros contratados por el contratista, el costo por la inspección de los materiales importados desde China, así como el costo de la desaduanización y los valores cobrados por el agente de aduana y por el bodegaje. Al respecto es necesario señalar que los mencionados gastos operativos en que ha incurrido COEXVEN no pueden ser reclamados debido a la naturaleza jurídica de los contratos, toda vez que su cláusula quinta establece que el valor del contrato es fijo y no reajutable por ningún concepto, por lo que la oferta presentada por la empresa contratista debía necesariamente incluir todos los gastos que se requieran para la ejecución del contrato, más aún si la cláusula tercera determina con precisión el lugar en que se debían entregar los ítems contratados. La cláusula segunda determina el objeto del contrato, en la que podemos verificar que COEXVEN se obliga con cada una de las regionales de CNEL a vender las luminarias y fotocélulas que se especifican en estos contratos y a entregarlos en las bodegas de cada entidad, asumiendo la empresa contratista todos los gastos que ello implica, de tal manera que era obligación de COEXVEN realizar todas las provisiones financieras del caso así como todos los trámites y gastos necesarios para cumplir con la dotación de los ítems contratados, en los lugares especificados. En cuanto al costo financiero por la emisión de las pólizas de los seguros contratadas por COEXVEN así como el valor de las primas es necesario señalar que los artículos 73, 74 y 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determinan con claridad que es el contratista el que “debe rendir” dichas garantías, por lo que



resulta improcedente que el actor pretenda que CNEL cubra los costos de las pólizas contratadas por COEXVEN. Más adelante en la demanda el actor se refiere a la entrega de los anticipos y a la entrega de los materiales contratados, elaborando para el efecto un cuadro en el que se detalla, entre otros aspectos, el valor recibido por el contratista de cada regional de CNEL en calidad de anticipo. Luego el actor elabora una extensa lista de las comunicaciones que ha dirigido a CNEL en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2009 (fechas en las que el plazo contractual había fenecido). Analizadas que han sido dichas comunicaciones se verifica que en las mismas la empresa contratista de manera reiterativa solicita ampliación del plazo contractual en virtud de que varios de los ítems contratados estaban pendientes de desaduanizar, y también solicita el pago de los materiales que hasta esa fecha habían sido entregados en algunas regionales de CNEL. Adicionalmente requiere que sean recibidos algunos productos que no reunían las características técnicas especificadas en los documentos precontractuales y contractuales, para lo cual ofrece productos de similares características. Sobre el particular es necesario señalar que la cláusula sexta de los referidos contratos regula la forma de pago, disponiendo que el 70% del valor total del contrato lo recibe el contratista en calidad de anticipo contra presentación de la garantía de buen uso del anticipo, y el 25% restante una vez que se haya suscrito el acta de recepción provisional total, previéndose también la posibilidad de hacer entregas parciales, siempre y cuando se suscriba la correspondiente acta provisional de satisfacción de los productos entregados, especificándose que sólo entonces habrá lugar al pago del 25% del valor de los bienes recibidos. Finalmente se establece que el 5% del valor total del contrato se lo pagará una vez suscrita el acta de entrega recepción definitiva. La cláusula décima regula las garantías, y en lo referente a la garantía técnica se establece que el contratista garantiza incondicionalmente los bienes conforme las normas y especificaciones técnicas, añadiendo que si luego de efectuadas las pruebas técnicas de recepción los bienes entregados por el contratista no cumplieren los

requisitos que fueron materia de su oferta, CNEL tiene derecho a rechazarlos. En lo relacionado a las recepciones, la cláusula undécima estipula que las regionales de CNEL conjuntamente con el contratista realizarán la verificación física y conteo de los bienes suministrados y en cada entrega suscribirá un acta de entrega recepción física, la que puede ser parcial o total, añadiendo que las regionales de CNEL pueden negarse a realizar las recepciones fundamentando su negativa. A foja 282 consta el oficio No. GG-CNEL-695-2009 de 24 de julio de 2009 suscrito por el Gerente General de CNEL, quien se dirige al representante de COEXVEN en los siguientes términos: *“Doy respuesta a su oficio No. CO#127-09 de 8-jul-09 para informarle que en anteriores comunicaciones y en el acta suscrita entre las partes el 2-Jun-09, hemos manifestado que no podemos considerar que los ítem de luminarias haya recibido parcialmente, ya que no están en condiciones de ser instaladas en nuestros sistemas de distribución. Por lo anterior, lo solicitado por usted no procede. Realizaremos pagos parciales cuando los bienes contratados por las regionales hayan sido recibidos completos”*. Adicionalmente, a fojas 333 a 337 encontramos el oficio ME-CNEL-CORP-GT-029-09 de 7 de octubre de 2009, suscrito por el Gerente Técnico de CNEL, que contiene el informe técnico económico de los contratos suscritos con COEXVEN, que en su parte pertinente dice: *“Ítem 1.- Luminarias de 250W.- Tres de las cinco Regionales han recibido las luminarias que contrataron. Estas luminarias fueron entregadas por el contratista sin el respectivo foco. Con oficio CRP-023-09 del 19-Ago-09 los miembros de la comisión técnica de este contrato manifiestan que por incumplimientos técnicos, estas luminarias no podrán ser aceptadas (...) Ítem 3.- Luminarias de 100W.- Tres de las seis Regionales han recibido las luminarias que contrataron. Estas luminarias fueron entregadas por el contratista sin el respectivo foco, con excepción de 2.400 focos que entregaron a la Regional Milagro. Con oficio CRP-023-09 del 19-Ago-09 los miembros de la comisión técnica de este concurso manifiestan que estas luminarias podrán ser aceptadas en lo que a la parte técnica se refiere (...)*

- 7 -  
página.

101  
ciento 101

Item 6.- *Fotocélulas.*- Todas las siete Regionales han recibido la totalidad de lo contratado. Con oficio CRP-021-09 del 24-UI-09 los miembros de la comisión técnica de este concurso manifiestan que 2 de las 9 fotocélulas tomadas como muestra para las pruebas de laboratorio, tienen consumos de energía superiores a lo garantizado, en consecuencia el 22.22% de las fotocélulas merecen una penalización económica por este concepto (...)

*Conclusiones:* El monto del contrato sin IVA es de \$ 3'236.197.02; El contratista ha recibido por anticipo \$ 2'265.337.91; Adicionalmente el contratista habría cobrado valores del 25% por las fotocélulas de cuatro Regionales, por un valor de \$ 35.130.52; CNEL habría recibido en sus bodegas materiales que cumplen las especificaciones técnicas por un valor total de \$ 1'325.115.09; las multas por mora calculadas hasta el martes 13-Oct-09 son de \$ 916.228.83, de lo cual ya se habría descontado \$ 13.073.54; la multa por consumo interno de las fotocélulas asciende a \$ 7.262.40". En lo referente a la prórroga del plazo, la cláusula octava estipula que el plazo es fijo y solamente podrá ser prorrogado por causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente probadas por la contratista y calificadas por las regionales de CNEL, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, disponiéndose además que COEXVEN debía solicitar la prórroga del plazo dentro de los 6 días de producido el imprevisto. Analizados que han sido los distintos pedidos de prórroga de plazo efectuados por la empresa contratista, se verifica que los mismos han sido realizados con mucha posterioridad a los 6 días de acontecido el hecho, y además no existió nunca fuerza mayor o caso fortuito que justifique dicha prórroga toda vez que el retraso se debe a que los productos estaban pendientes de desaduanizar, lo que no representa ningún imprevisto imposible de resistir, en los términos del Código Civil. Continuando con el análisis de la acción propuesta, se verifica que la empresa actora en su demanda alega incumplimiento de la entidad contratante al manifestar lo siguiente: "Según Acta de Reunión entre CNEL Corporación Nacional de Electricidad y COEXVEN S.A. suscrita el 2 de junio de 2009, se acepta la recepción del ítem fotocélulas, en consecuencia

se podrá suscribir las actas y realizar el desembolso que corresponda al 25% de este ítem. Realizando dichos pagos solamente las Regionales CNEC Milagro, El Oro, Guayas Los Ríos (sic) y Santa Elena. Hasta la fecha no han realizado los pagos CNEC Regional Manabí, CNEC Regional Esmeraldas y CNEC Regional Los Ríos”. Sobre el particular es necesario señalar que el actor falta a la verdad al señalar que en la referida reunión de 2 de junio de 2009 CNEC aceptó la entrega de las fotocélulas y aceptó pagar esos ítems, pues a fojas 270 y 271 consta el acta de dicha reunión, en la que respecto a las fotocélulas consta lo siguiente: “Las pruebas presentadas por Wenzhou Institute of Calibration and Testing for Quality and Technical Supervisor, de la República China, referente a dos muestras de fotocélulas tipo LC-100 entregadas por el proveedor, dan como resultado un consumo interno, promedio en 24 horas, de la fotocélula de 0.97 w, valor que excede en 0.04 w al valor garantizado por Coexven. El proveedor manifiesta que la muestra es muy poco representativa, comparado con las 92.000 unidades materia de los 7 contratos. Se acuerda que a costo de Coexven S.A. se realicen en el mismo laboratorio pruebas a 7 unidades adicionales, las mismas que serán tomadas de las fotocélulas que al momento se encuentran en poder de CNEC. El resultado de las 9 muestras será prorrateado al universo total de la entrega, es decir cada unidad representará a 10.189 unidades y se aplicarán los siguientes criterios: Las unidades que tengan consumos internos menores o iguales a los 0.93 W, serán recibidas por cumplir lo ofertado. Las unidades que tengan consumos superiores hasta el 10% al valor garantizado, es decir menor o igual a 1,023W, serán penalizadas de acuerdo a la fórmula establecida en las bases. Las unidades que superen el 10% del consumo garantizado serán rechazadas, por lo que las regionales de CNEC devolverán al proveedor la cantidad de unidades que correspondan, en forma proporcional a lo adquirido por cada Regional de CNEC”. Adviértase entonces que la alegación hecha por el actor en el sentido de que existió incumplimiento de la entidad contratante no podía fundamentarse en el acta de la reunión 2 de junio de 2009, puesto que en dicha reunión la CNEC se

limitó a establecer los parámetros para que las fotocélulas puedan ser recibidas, pero de ninguna manera dicha reunión puede ser considerada como recepción de los ítems contratados o como un compromiso de pago, ya que de conformidad a lo estipulado en las cláusulas sexta, décima y undécima de los contratos suscritos entre COEXVEN y las regionales de CNEL, solamente con las actas de entrega recepción provisional en la que la institución contratante exprese su satisfacción y conformidad con los bienes recibidos, se podía proceder al pago de la parte proporcional correspondiente. Más adelante el actor en su demanda impugna la ejecución de las garantías, tanto de las de fiel cumplimiento de contrato, como la de buen uso del anticipo. Respecto a la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento de contrato se debe señalar que CNEL procedió a la ejecución de las mismas en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el quinto inciso del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a lo expresamente estipulado en la cláusula décima de los contratos suscritos por las regionales de CNEL, una vez que se comprobó el incumplimiento en que había incurrido el contratista. En lo relacionado a la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo, se debe señalar que CNEL procedió a la ejecución únicamente de la garantía otorgada con ocasión del contrato suscrito con la regional de Manabí, que es el único caso en que no se devengó el anticipo, ya que la empresa contratista recibió como anticipo la cantidad de USD \$ 693.311,50, y el valor amortizado fue de tan solo USD \$ 207.545, por lo que nada existe que reclamar sobre este asunto. Finalmente hemos de referirnos a las pretensiones del actor, verificándose al respecto que en los numerales XIX, XX y XXI del escrito de demanda consta lo siguiente: “PETITORIO.-  
1.- *Que solicitamos el cumplimiento de pago de diferencia a favor de COEXVEN S.A. que asciende a USD 401.977,70, para ser acreditados a la cancelación del anticipo de CEL MANABI por USD 485.766,50.* 2.- *Que se cancele a COEXVEN S.A. el 12% del Impuesto al Valor Agregado IVA que asciende a USD 242.468,37.* 3.- *Que se suspenda el cobro indebido de la garantía de Buen Uso del Anticipo correspondiente a CNEL MANABÍ, hasta*

que se instrumente el cruce de cuentas o liquidación de los contratos vinculados entre COEXVEN S.A. y CNEL S.A. tal como lo dispone el Art. 29 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, de su efecto se debe notificar a Seguros Equinoccial S.A. 4.- Que CNEL S.A. presente las recepciones físicas, provisional y definitiva de los materiales entregados. 4.- Que CNEL S.A. reintegre los valores cobrados indebidamente por USD 142.795,95 por cobro de garantías de Fiel Cumplimiento de contratos. INDEMNIZACIÓN.- No habiendo realizado CNEL S.A. las recepciones parciales de los bienes contratados y especialmente los entregados conforme consta en el cuadro presentado por CNEL S.A. (...) demandamos indemnización de daños y perjuicios; en su doble aspecto de daño emergente y lucro cesante, que lo fijamos en TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL USD DOLARES 3'2000.000. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.- El acto administrativo impugnado es originado en la Corporación Nacional de Electricidad S.A. y constante en la resolución No. GG-RE-234-2009 emitida el 31 de diciembre del 2009 por el Ing. Patricio Villavicencio Gerente General de CNEL S.A.". Mas sin embargo, de manera contradictoria e incompatible, la empresa contratista en su escrito presentado el 28 de enero de 2016 (foja 31 del expediente de casación) manifestó: "En mi primer alegato demostré hasta la saciedad que la demanda presentada nunca fue en el sentido de interponer recurso subjetivo o de plena jurisdicción, sino objetivo o por exceso de poder, en el cual impugno especialmente el valor mismo del contrato materia de este caso y de todos sus efectos derivados del mismo, porque jamás a través de un contrato nulo como el indicado se puede pretender que la empresa privada se obligue a pagar las obligaciones que corresponde al sector público, a la administración pública, por haber hecho mal su gestión en materia de electricidad y causar la crisis en que estaban sometidas provincias enteras de la costa ecuatoriana". En escrito de 7 de marzo de 2016 (fojas 36 y 37 del expediente de casación) el recurrente señala: "Se considerará especialmente que el presente caso no se trata de un recurso subjetivo de plena jurisdicción, sino de un RECURSO OBJETIVO,



DE NULIDAD DE CONTRATO Y DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, CONTRACTUALES Y NORMATIVOS POR EXCESO DE PODER del CNEL S.A. Corporación Nacional de Electricidad, pues de la simple lectura del contrato materia de esta causa, vendrá a su conocimiento que es un convenio ilegal, espurio, anulable porque en él se trata con toda mala fe del caso, de responsabilizar de antemano y por todas las circunstancias, antecedentes, efectos y resultados del Plan de Reducción de Pérdidas Técnicas, elaborado y diseñado por la parte accionada, a cualquiera de las empresas privadas que se presenten al concurso convocado...”. En el escrito presentado el 19 de octubre de 2016 (fojas 72 y 73 del expediente de casación), el recurrente manifestó: “En el proceso y con las pruebas aportadas, además de nuestros alegatos e intervención efectuada en la audiencia de estrados, hemos demostrado que la demandada, CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., prevalida de la prepotencia característica de la administración pública, vulneró en repetidas ocasiones los derechos de mi parte, al no permitir el uso efectivo del derecho de defensa y al debido proceso de mi representada, pues de los documentos pre contractuales y de los contratos materia de esta causa, vendrá a vuestro conocimiento que existen cláusulas inconstitucionales y nulas por ilegales...”. Adviértase entonces que inicialmente la empresa contratista, a través de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, impugnó la resolución con la que se declaró la terminación unilateral de los contratos, pretendiendo el actor el pago de los bienes supuestamente entregados, la restitución de los valores por concepto de ejecución de garantías, y la indemnización de daños y perjuicios. Pero posteriormente el actor afirma que ha planteado un recurso objetivo o de anulación, y en ésta ocasión pretende la nulidad del contrato, sin percatarse que a través de un recurso objetivo solamente se pueden impugnar actos normativos, que no es el caso. Queda así evidenciado que el actor ha planteado dos pretensiones, que además de confusas y erróneamente interpuestas, resultan contradictorias e incompatibles, lo que no solamente

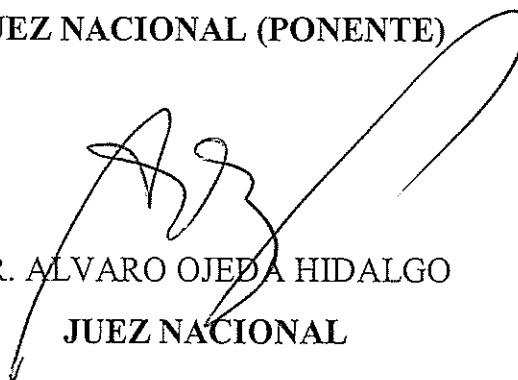
revela desconocimiento de las acciones contencioso administrativas, sino además la intención de confundir a este Tribunal.

### III.- 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**, acepta el recurso de casación interpuesto por el representante legal de la empresa COEXVEN S.A., respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y en aplicación de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 16 de la Ley de Casación, rechaza la demanda, por las consideraciones jurídicas constantes en el numeral 2.4 de esta sentencia. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.-



DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO  
JUEZ NACIONAL (PONENTE)



DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
JUEZ NACIONAL



AB. CYNTHIA GUERRERO MOSQUERA  
JUEZA NACIONAL

Juicio No. 17741-2015-0283

- 11 -  
grace

- 103 -  
oculto oculto

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 10 de julio del 2018, las 14h58. **VISTOS:** Con escrito presentado el 11 de mayo de 2018 el señor Joffre Páez Pazos, Gerente General del COEXVEN S.A. solicita "*Por cuanto no se ha resuelto una parte fundamental en este caso, mismo que es el escrito presentado el día 08 de mayo del 2018 junto con dieciséis fojas útiles debidamente notariadas, referentes a la ejecución de la Póliza N° 54001 correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del contrato en cuestión, mediante la cual CNEL-EP cobró a Seguros Occidental S.A., la suma de USD \$485.776,50, sin haber realizado previamente la liquidación del contrato ni el pago de valores adeudados a mi representada, lo cual es una violación de expresas normas legales en la que ha incurrido la parte demandada, solicito la aclaración y ampliación de la sentencia dictada el 09 de mayo de 2018 ...*". Con auto de 16 de mayo de 2018, el Juez ponente corrió traslado a la contraparte para que se pronuncie sobre el referido pedido en el término de 48 horas, sin que la Corporación Nacional de Electricidad CNEL S.A. se haya pronunciado sobre el particular. A fin de atender la solicitud presentada por el actor del juicio, esta Sala considera: 1) El artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente a la época establece que la aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura, y la ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos, por lo que era obligación del solicitante especificar qué parte de la sentencia es oscura, y qué puntos no han sido resueltos en la sentencia. Sin embargo, el recurrente pretende con documentos que ya fueron puestos en conocimiento de este Tribunal (pues son los mismos que COEXVEN S.A. adjuntó al escrito de 20 de octubre de 2015) se modifique la sentencia, lo que es improcedente; pues no basta que la decisión adoptada sea contraria a los intereses del solicitante, para que afirme que en la sentencia no se ha resuelto uno de los puntos controvertidos, ya que en los numerales 2.2, 2.3, 2.4 de la sentencia expedida por esta Sala Especializada, se enuncian los motivos en que se fundamentó la resolución adoptada, sin que haya quedado pendiente de

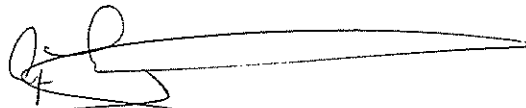
resolver alguna de las causales alegadas por el recurrente.- 2) Por lo expuesto, se niega los pedidos de aclaración y ampliación formulados por el señor Joffre Páez Pazos, Gerente General de COEXVEN S.A. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015.- Por licencia concedida al Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, actúa el doctor Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional en virtud del oficio 1095-SG-CNJ-ROG de 20 de junio de 2018 suscrito por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien firma el presente auto por obligación legal ya que no expidió la sentencia objeto de la petición. Notifíquese y devuélvase.-



**DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO  
JUEZ NACIONAL (PONENTE)**



**DR. JUAN GONZALO MONTERO CHAVEZ  
CONJUEZ NACIONAL (E)**



**AB. CYNTHIA GUERRERO MOSQUERA  
JUEZA NACIONAL**