



Juicio No. 17741-2013-0175

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, martes 11 de agosto del 2020, las 10h23.

**VISTOS:**

**1. AVOCO.-** (i) El Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 4-2012 de 25 de enero de 2012, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019. (ii) El Conjuez Nacional Dr. Iván Larco Ortuño ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2280-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al ex-juez nacional Dr. Pablo Tinajero Delgado ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. (iii) El Conjuez Nacional Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado por el Consejo de la Judicatura mediante resolución 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por oficio 2281-SG-CNJ-ROG de 20 de noviembre de 2019 suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza a la ex-jueza nacional Ab. Cynthia Guerrero Mosquera ante su ausencia en virtud del artículo 3 de la Resolución 187-2019. En consecuencia, actúan en la causa el Juez Nacional Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y los Jueces Nacionales (encargados) Dres. Patricio Secaira Durango (ponente) e Iván Larco Ortuño.

**2.- ANTECEDENTES.-**

**2.1.-** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, con sede en el cantón Portoviejo, expidió sentencia el 29 de enero de 2013, las 15h39, dentro del juicio de instancia No. **13801-2009-0378**, que corresponde al de casación No. **17741-2013-0175**, promovido por Jorge Marciano Vélez Loor, como procurador común de los actores, en contra del Ministerio de Educación y del Procurador General del Estado, fallo en el que se ha declarado sin lugar la demanda por improcedente.

**2.2** La parte actora del juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de dicho fallo judicial, acogiéndose a las causales tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

**2.3** Mediante auto de 3 de febrero de 2014 la Sala de Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte nacional de Justicia, decidió admitir en su totalidad el recurso interpuesto.

### **3. JURISDICCION Y COMPETENCIA:**

**3.1.-** Esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de lo que dispone el artículo 184 de la Constitución de la República, 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

### **4. VALIDEZ PROCESAL**

**4.1.-** No se observa de la sustanciación del proceso, en lo relacionado al trámite del recurso de casación en estudio por esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, omisión de solemnidad o procedimiento alguno que lo haya viciado; en consecuencia, al no existir nulidad que lo afecte, se declara su validez.

### **5. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CASACIÓN.**

**5.1** El recurso de casación, desde la visión de la doctrina jurídico-procesal en concebido como un recurso extraordinario, formal y de alta técnica jurídica, al efecto, Hernando Devis Echandía, explica que: "(...) Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio (...)." (Hernando Devis Echandía, "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil" pág. 797); así mismo, Jaime Guasp señala que: "(...) La casación se concibe como un recurso donde se plantean estrictamente cuestiones de derecho, y no cuestiones de hecho, es decir, que se trata de un proceso de impugnación destinado a rescindir un fallo judicial por razones estrictamente jurídicas, y no por razones fácticas, por lo que, quedarían fuera de la casación todas aquellas motivaciones que pretendieran la eliminación, sustitución del fallo impugnado a base de su desajuste con los hechos. La casación se perfila así, como una figura de significado netamente jurídico, porque solo las cuestiones jurídicas tendrían acceso a ella, lo cual limitaría, extraordinariamente y significativamente, su concepto (...)" (Juan Isaac Lovato Vargas citando a Jaime Guasp en, Programa Analítico del Derecho Procesal, Quito: Corporación Editorial Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, 148).

Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica de la Casación, señala que: "(...) *El recurso de casación es extraordinario, discrecional, reglado y taxativo. Pretende quebrar, anular y romper una sentencia o auto, violatorios de la ley sustancial (errores in iudicando) o de la ley procesal (errores in procedendo) (pág. 13). De la Rúa señala que:*



*“(...) la casación es un verdadero y propio medio de impugnación, un recurso acordado a las partes en el proceso, bajo ciertas condiciones, para pedir y obtener el reexamen de las sentencias desde el punto de vista de su corrección jurídica (...)”* (De la Rúa, Fernando. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Editorial V. P. de Zavalla, Buenos Aires, 1986, pág. 50).

**5.2** Las opiniones doctrinales transcritas, han sido recogidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia y luego, por las de la Corte Nacional de Justicia, ratificando la característica de extraordinario del recurso de casación, ya que éste no es un recurso propio de algún nicho procesal instancial; su estructura teleológica, le permite apartarse del proceso judicial ventilado ante los juzgadores de instancia, para permitir a la parte que estime agraviados sus derechos, interpelar la sentencia o auto, cuando considere que esa decisión judicial contiene vicios que afecten su legalidad; por ello es que se estima que en realidad la casación es un proceso judicial en sí, orientado a destruir la presunción de legalidad del auto o sentencia de la que se ha recurrido; para que, si el Tribunal de Casación determine la existencia de los vicios acusados, invalidando la decisión atacada, pueda emitir un nuevo fallo ajustado a derecho; o, de ser el caso remitir nuevamente el proceso al juzgador de instancia para que emita la decisión ajustada a derecho.

Ha de tenerse presente que, el recurso de casación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, (R.O. 100, 3/VII/1997, p. 16) “[...] es una fase procesal de naturaleza diferente a las restantes, que tiene un solo objetivo, impugnar la sentencia o auto recurrido, variando en consecuencia las motivaciones de la controversia, que ya no es la pretensión del actor y la contradicción del demandado, sino la pretensión del recurrente de alcanzar que se invalide el fallo por considerar que en el mismo se ha violado la ley. Es pues una nueva acción, semejante a una demanda y que tiene el carácter de extraordinario y excepcional, es casuístico y formalista, y si no se cumplen con los requisitos señalados en la ley de la materia, el recurso es improcedente...”.

**5.3** Es en todo caso, la interposición del recurso, es un acto volitivo de la parte que estima que el auto o sentencia tiene alguno de los vicios que la Ley, únicamente ella, establece de modo riguroso y limitado como causas que posibilitan al Tribunal de Casación, dejar sin efecto la decisión judicial interpelada. Su estricta formalidad determina que la técnica jurídica para su éxito procesal sea de tal manera exigente, que los defectos u omisiones de su interposición, determinen que, en las fases respectivas, pueda ser descalificado (por razones de

*[Handwritten signature]*

oportunidad), inadmitido (por falencias en sus requisitos de forma); o, desechado cuando esas defecciones sean de fondo, que no permitan un pronunciamiento de mérito, o cuando en su esencia sea improcedente.

Igualmente, la casación es un medio jurisdiccional indispensable para consolidar las decisiones judiciales, uniformándolas en el evento de que sean aplicables a casos idénticos o similares. La uniformidad de la jurisprudencia, contribuye, sin lugar a dudas a viabilizar la seguridad jurídica, prevenida como principio sustancial en el artículo 82 de la Constitución de la República; principio que, por medio de este recurso, protege la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico y los derechos de las personas, estableciendo interpretaciones correctas y adecuadas de la norma jurídica, material o procesal.

## **6. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO:**

**6.1 Sobre la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de prueba:** Sobre esta causal el casacionista sostiene que se ha infringido el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que es un precepto jurídico de valoración de la prueba; afirmando que en la sentencia reprochada se hace referencia al oficio de 2 de octubre de 2009 ingresado al Ministerio de Educación el 16 de ese mes y año, y que hasta el 18 de noviembre de 2009 no ha sido contestado por autoridad competente, partiendo de este acto administrativo para determinar si ha operado el silencio administrativo; que en la sentencia los juzgadores afirman que no consta de autos la certificación que indique el vencimiento del plazo desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo, con lo cual se concluye que no se ha cumplido con el requisito legal para que opere el silencio administrativo positivo, declarando sin lugar la demanda; sin considerar que a fojas 4 del expediente se reprodujo como prueba la certificación emitida por esa Cartera de Estado, fechada el 18 de noviembre de 2009, en escrito de prueba presentado el 28 de julio de 2010, proveído por el Juez en decreto de 30 de julio de 2010, documento en el que se certifica que a esa fecha no se ha contestado la comunicación ingresada el 16 de octubre de 2009, inobservando de esta forma la valoración de la prueba, lo que ha conllevado a que se aplique indebidamente el artículo 28 de la Ley de Modernización en su inciso segundo.

La causal invocada refiere como causales de casación la falta de aplicación, la indebida aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; yerros que generan inexcusablemente, la equivocada o la no aplicación de normas



de derecho sustantivo; a la que se la denomina violación indirecta de norma sustantiva. Ahora bien, las normas de valoración de la prueba se refieren a aquellas que determinan las formalidades que deben observarse para que los medios de prueba tengan esa calidad; es decir, las normas potencialmente infringidas deben ser aquellas que regulen las pruebas, documentales, instrumentales, testimoniales o de otra naturaleza permitidas en el ordenamiento jurídico procesal; es por ello que la causal exige que se identifique de modo claro cuál es la prueba que no ha sido valorada, debiendo identificarse con precisión, la disposición normativa de orden procesal que regula la validez jurídica de esa prueba. En el recurso se hace referencia solo al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, disposición legal que en realidad no constituye precepto jurídico de valoración de la prueba, toda vez que se refiere a que la prueba debe ser apreciada en conjunto aplicando las reglas de la sana crítica; reglas que dicen relación a la experiencia y moralidad del juez; es decir al fuero interno del juzgador, el cual no puede transgredir el orden social. La sana crítica es cierto grado de libertad que tiene el juzgador para apreciar las pruebas que se presentan en un proceso judicial; ya que la misma Constitución le garantiza en un superlativo grado de independencia, su solo sometimiento a la Constitución y a la Ley, para que el logro de la justicia sea una realidad; al cual la doctrina y la jurisprudencia solo agrega la conciencia del juez, en el sentido del límite que debe observar, para que no pueda sobrepasar la moral pública en las decisiones que adopte. La sana crítica no es un precepto valorativo de prueba, sino un método cuyas reglas no están definidas en el ordenamiento jurídico; de modo que, siendo que tal norma no se ajusta a la exigencia de la causal invocada, esta, consiguientemente, es improcedente.

**6.2 Sobre la causal cuarta, por los vicios de extra y citra petita:** Con cargo a la causal cuarta el casacionista asegura que la sentencia recurrida, incurre en dos yerros, haber resuelto un asunto que no fue material del litigio (extra petita) y haber omitido resolver sobre lo principal (citra petita).

Arguye que los juzgadores enfocan su decisión únicamente en lo relacionado a establecer si en el caso operó el silencio administrativo con respecto a la petición que los accionantes presentaron para que se les reconozca y pague los valores correspondientes a las diferencias de fondos de reserva por los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, intereses y recargos; sin considerar que lo fundamental de la demanda era que el Tribunal en sentencia disponga que la Administración pague esos valores a los accionantes, "y no la declaratoria de que ha operado el silencio administrativo con respecto a la petición ingresada al Ministerio de Educación el

16 de octubre de 2009. Refiere asimismo que la comunicación de 12 de octubre de 2009 y el formulario emitido por el Ministerio, fue presentado como prueba para demostrar que se agotó la vía administrativa, “sin obtener atención favorable a la petición que en derecho habían realizado los conserjes de las Escuelas Fiscales de Manabí al Ministerio de Educación, argumentando inclusive en la pretensión de la demanda que esta omisión de contestar la petición implicaba que ha operado el silencio administrativo y por lo tanto una negativa tácita del ministerio a pagar los valores reclamados...”.

Es necesario para determinar la existencia del vicio de incongruencia alegado, revisar la pretensión de la demanda, de la cual se aprecia que en ella se dijo: “Con los antecedentes expuestos en los fundamentos de hecho y de derecho y en virtud de lo que dispone el inciso final del Art. 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por haber operado el silencio administrativo en la petición formulada el 16 de octubre de 2009 al Ministro de Educación, y la negativa tácita del Ministro a pagar las diferencias de los fondos de reserva por los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 conforme las Normas y derechos Constitucionales mencionados, solicitamos al Tribunal que mediante SENTENCIA disponga el pago del valor que corresponde a cada servidor público de servicios de las escuelas fiscales de la Provincia de Manabí por DIFERENCIA DE LOS FONDOS DE RESERVA de los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, más los intereses del 6% anual causado y el 50% de recargo en beneficio del trabajador conforme lo establece la parte final del inciso primero y el inciso tercero del Art. 202 del Código del Trabajo ...”

*La sentencia atacada, pertinentemente dice: “El argumento principal de la demanda que sostiene la parte actora, es que ha operado el silencio administrativo positivo a su favor, por cuanto no ha sido contestada la solicitud formulada de fecha 12 de octubre de 2009, ingresada el 16 de octubre de 2009, con el N° 149834 de trámite y que hasta el 18 de noviembre de 2009 no fue contestada. En la especie, el problema jurídico que se plantea está referido, a la institución del silencio administrativo positivo y para resolver sobre las pretensiones de los actores, el Tribunal hace el siguiente análisis: 1.- La figura del silencio administrativo, consiste en la falta de pronunciamiento de los poderes y servidores públicos, dentro del ámbito de su competencia, respecto a las solicitudes o reclamos que hacen los administrados a las autoridades, funcionarios de las instituciones y organismos del sector público; o existiendo pronunciamiento de los mismos, no es claro ni preciso, que da lugar a ambigüedades que no permite entender con claridad la decisión tomada por la entidad pública, aceptando o negando la petición de los administrados; 2.- El silencio administrativo,*



tiene efecto positivo, según se establece en la legislación ecuatoriana, Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, cuando la administración pública no ha respondido dentro de los términos legales establecidos: presumiéndose que ha operado en sentido positivo o sea que ha sido aceptada la petición y las pretensiones del administrado; y, en el segundo inciso de modo expreso dice: "La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento"; 3.- Debe entenderse que, lo que más interesa, son los efectos jurídicos que pueden generarse como consecuencia del silencio administrativo, en referencia a las solicitudes y peticiones de los administrados, quienes esperan respuestas o pronunciamientos oportunos, de parte de la administración; el silencio administrativo garantiza el derecho de petición y el debido proceso a los ciudadanos y administrados, es una forma de coerción al servidor público, el despacho y atención que debe darse a los ciudadanos oportunamente, de parte de la administración pública (...) Al respecto, existen varios fallos jurisprudenciales de triple reiteración, que corroboran este criterio como: la Resolución No. 164-04, publicada en el Registro Oficial No. 480, del 13 de Diciembre de 2004, que establece: "en el caso del silencio administrativo el Juez deberá estudiar y precisar si la petición que originó el silencio estuvo dirigida al administrador que tenía competencia para dejar sin efecto el acto lesivo y si la petición no había generado la nulidad de haber sido favorablemente acogida, por violación de la norma legal", de modo que, debe establecerse la procedencia o no del silencio administrativo; puesto que, para que opere el silencio administrativo positivo se requiere cumplir con ciertas formalidades y exigencias como: 1.- Que la petición sea dirigida ante autoridad competente; 2.- Que dicha petición no adolezca de vicios de nulidad; y, 3.- Que la petición esté acompañada de la certificación conferida por el funcionario competente de la entidad, que indique el vencimiento desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo e indicando que no ha sido contestada, la petición dentro del término de Ley para poder exigir en sede administrativa o en sede jurisdiccional, de lo cual se establece, que no se ha cumplido con uno de los requisitos para que opere el silencio administrativo positivo(..) (el subrayado es de la Sala).

Petición de la que claramente se infiere que los accionantes del juicio de instancia, establecieron que el pago reclamado opera en virtud de que en el caso operó el silencio administrativo respecto de la solicitud de 16 de octubre de 2009 formulada al Ministerio de Educación, produciéndose una "negativa tácita" a pagar los valores referidos en la petición.

La sentencia atacada, por su parte analiza el silencio administrativo positivo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, estableciendo que a la sentencia no se agregó el certificado del que se desprenda el vencimiento del término para contestar la petición y que esta no ha sido contestada; declarando por ello sin lugar la demanda.

En este contexto, es pertinente señalar que los actores, al establecer que el Ministerio de Educación no dio contestación a su petición para que se les reconozca el derecho y se paguen los valores correspondientes a las diferencias de fondos de reserva por el periodo allí determinado, de modo claro refirieron que en el caso operó el silencio administrativo; el cual estaba regulado por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, que estatuyó que ese hecho traía como consecuencia la aceptación de la petición no respondida oportunamente; por manera que el hecho de que los actores hayan considerado a esa omisión como negativa de pago, es contrario al efecto que la ley ha establecido.

El efecto negativo del silencio administrativo que fuera establecido en la vieja y derogada Ley de Patrocinio del Estado, fue sustituido con la vigencia de la Ley de Modernización del Estado, habiendo solo subsistido por disposición legal expresa, para el caso del recurso de revisión formulado en contra de resoluciones de determinación de responsabilidad civil por parte de la Contraloría General del Estado; presupuesto que no corresponde a la especie en estudio. Por consiguiente, es claro para la Sala que la referencia de los actores, se inscribe en el efecto positivo del silencio administrativo, que aparece como antecedente para reclamar el pago de los valores que refieren los accionantes.

Ahora bien, tanto el silencio negativo como el positivo, cuando la ley los establece, generan efectos jurídicos, estimados estos como la existencia de actos administrativos presuntos y fictos; (i) en el caso del negativo, permitiendo al administrado ejercer su derecho a recurrir en sede judicial, impugnando el acto administrativo ficto de negativa tácita, a fin de que su reclamo sea analizado a la luz del derecho por el juez competente; (ii) en cambio, en el caso del efecto positivo del silencio administrativo, la ley genera un acto administrativo ficto de aceptación del pedido, permitiendo que su ejecución sea exigida judicialmente.

En la especie, es claro de que la pretensión de los accionantes dijo relación a la existencia de ese silencio administrativo de efecto positivo; ya que es el único que a la fecha existía en el ordenamiento jurídico nacional. De lo dicho se colige que los casacionistas no han logrado destruir la presunción de legalidad de la sentencia materia del recurso, pues los vicios de extra petita y de citra petita, invocados como afectadores del fallo cuestionado, no se encuentran





presentes en la decisión judicial reprochada; sin que por tanto proceda el recurso por este extremo.

**7.- RESOLUCIÓN:** Por las consideraciones realizadas, sin que se requiera realizar otras. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto, por el señor Jorge Marciano Vélez Loor, en su calidad de Procurador Común de la parte actora, en contra de la sentencia de 29 de enero de 2013, las 15h39, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo; la cual en consecuencia, **NO SE CASA**. Actúa la Dra. Nadia Armijos Cárdenas en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

**DR. ALVARO OJEDA HIDALGO  
JUEZ NACIONAL**

**DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO  
JUEZ NACIONAL (E)**

- 5 -  
cinco

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

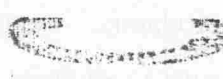
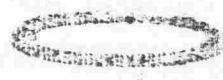
... ..

... ..

... ..

... ..

... ..



... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..