



Juicio No. 17811-2016-01852

JUEZ PONENTE: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO, JUEZ NACIONAL

(PONENTE)

AUTOR/A: RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 27 de enero del

2023, las 09h03. **VISTOS.-** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

i. Mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381 de 29 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.

ii. Mediante Resolución No. 02-2021 de 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.

iii. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

iv. Patricio Adolfo Secaira Durango, fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 113-P-CNJ-2021, de 18 de febrero del 2021, efectuado por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 16 de noviembre del 2021, constante a fojas 47 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido, en calidad de Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango.

vi. Con auto de sustanciación de fecha 18 de octubre del 2022, las 08h14, se convocó para el día viernes 25 de noviembre de 2022, a las 09h00, para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante ^aCOGEP^o), dentro de la causa No. 17811-2016-01852.

vii. En el día y hora fijados para el efecto, se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron las partes procesales en compañía de sus abogados defensores, quienes intervinieron en la audiencia instalada. El Tribunal de Casación suspendió la continuación de la audiencia, a fin de señalar un nuevo día y hora para que se pronuncie la resolución oral.

viii. En razón de la licencia concedida al doctor Patricio Secaira Durango, conforme las actas de sorteo de fecha 21 de octubre del 2022 y 16 de noviembre del 2022, se señaló para el día miércoles 21 de diciembre de 2022, a las 15h30, a fin de que tenga lugar la reinstalación de la audiencia de sustentación del recurso. Siendo el día y hora señalados para el efecto, se dispuso que la secretaria del proceso constatare la comparecencia de las partes procesales de manera virtual y presencial, quien certificó la comparecencia de la parte recurrente, a través de sus abogados defensores y la inasistencia de la Contraloría General del Estado; por lo tanto, no ha lugar lo señalado en su escrito presentado el día 22 de diciembre del 2022. Esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se aceptó el recurso de casación interpuesto por la parte actora, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos que se exponen a continuación.

ANTECEDENTES

1.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha (en adelante **TDCA de Quito** o **Tribunal de instancia**, indistintamente), expidió la sentencia de mayoría de fecha 24 de septiembre del 2018, las 12h05, dentro del juicio No. 17811-2016-01852, promovido por el señor Edison Eduardo Simbaña Andrade, Representante Legal de Recuperación de Capital de Contact Center RECAPT S.A. (en adelante **RECAPT S.A.**), en contra de la Contraloría General del Estado, en la que se resolvió lo siguiente:

a 10.1.- La compañía RECAPT S.A., demanda la ilegalidad y nulidad de la Resolución No. 3526 de 17 de junio del 2016, de responsabilidad civil culposa determinada por la Contraloría General del Estado, así como otras pretensiones; 10.2.- El ente de control, realizó el examen especial de auditoria al contrato No. 64000000-1002-C para el servicio del Call Center de RECAPT S.A. con el IESS, del 1 de agosto de 2011 al 31 de agosto de 2012; 10.3.- Fruto del examen de auditoria No. DADSySS-0008-2013, se determinó responsabilidad civil culposa en RECAPT S.A., así como se emitió la orden de reintegro No. 596-DADSySS, por el valor de 686.860,38, a RECAPT S.A., como pago indebido; 10.4.- En la auditoría se estableció que RECAPT S.A., incumplió lo previsto en el contrato en las Clausulas: Quinta.- Precio del Contrato y Sexta, numerales 6.08 y 6.09 del contrato No. 64000000-1002-C, relacionados con la forma de pago, conforme se relata en el informe y la resolución de reintegro mencionadas, cuya reconsideración formulada por la empresa objeto de la auditoria se negó por la entidad de control; 10.5.- Revisado el proceso judicial consistente en 659 fojas, expediente administrativo en 992 fojas y las pruebas documental y pericial, actuadas, se evidencia que las presunciones de legalidad, legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad previstas en los artículos 311 y 329 del COGEP, que caracterizan al acto administrativo impugnado, no han podido ser desvirtuadas por la parte accionante; del proceso, no obra documento que pruebe que en el procedimiento administrativo de control y de establecimiento de responsabilidad civil, se haya producido alguna omisión o se haya incumplido alguna de las formalidades legales que debían observarse para dictar la resolución impugnada o para iniciar el procedimiento administrativo correspondiente; es decir no se ha demostrado, la existencia de algún vicio que pudieran generar la ilegalidad o nulidad del acto administrativo impugnado; 10.6.- La Resolución No. 3526 impugnada, cumple con los presupuestos de la subsunción exigida en el ordenamiento jurídico; es el resultado del Informe de Auditoría No. 0008-2013 de la Contraloría General del Estado, resume las observaciones, hallazgos y auditoria efectuados al proceso precontractual, contractual y ejecución del contrato suscrito entre el IESS y RECAPT S.A., enunciando y explicando las razones de la determinación de la responsabilidad civil en contra de RECAPT S.A. y los servidores del IESS, así como el valor al que

asciende esa determinación; cumple con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, por lo que la resolución recurrida está motivada; 10.7.- Para Oscar González, " (1/4) la carga de la prueba en el proceso contencioso administrativo, corre a cargo de la parte promovente (1/4)" (ver: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Ed. Poder Judicial, Costa Rica, 2006, pág. 638); de lo anterior, se desprende que la carga de la prueba en un proceso contencioso administrativo está a cargo del accionante, quien tienen la obligación de probar las afirmaciones realizadas en su libelo de inicio de acción. DECISION: El accionante no ha desvirtuado las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de la Resolución impugnada, la que es fruto de un procedimiento previo y con apego a la ley.- Por lo expuesto, este Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega la demanda y confirma la legalidad del acto impugnado.- Sin costas ni honorarios que regular.- NOTIFÍQUESE.º

1.2.- El día martes 16 de octubre del 2018, a las 15h00, inconforme con la sentencia emitida por el Tribunal de instancia, RECAPT S.A., interpuso recurso de casación, que fue concedido mediante auto de miércoles 17 de octubre del 2018, las 12h26 y se dispuso su remisión inmediata a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.3.- Con fecha 7 de septiembre del 2021, las 10h29, el Marco Aurelio Tobar Solano, en su calidad de Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por RECAPT S.A., por la causal primera (falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, errónea interpretación del artículo 165 del COGEP, errónea interpretación del artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República), causal segunda (falta de motivación) y causal quinta (errónea interpretación del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, errónea interpretación del artículo 1561 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 1576 del Código Civil).

II

ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 269 del COGEP.

2.2.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada con fecha 24 de septiembre del 2018, las 12h05, por el TDCA de Quito ha incurrido en los yerros acusado por la empresa recurrente.

2.3.- La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, que han sido emitidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, así como por las Salas de las Cortes Provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia. (*Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015, todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia*).

2.4.- También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca; es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una

serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógico-jurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. (*Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia*)

2.5.- Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra ^aLa Casación Civil^o, sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala que: *“ como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a su admisión, limitado a causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada ±excepcionalmente los actos de las partes± y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación.”* (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 351).

III

CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CUANDO SE HAYA INCURRIDO EN APLICACIÓN INDEBIDA, FALTA DE APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES, QUE HAYAN VICIADO AL PROCESO DE NULIDAD INSUBSANABLE O CAUSADO INDEFENSIÓN Y HAYAN INFLUIDO POR LA GRAVEDAD DE LA TRANSGRESIÓN EN LA DECISIÓN DE LA CAUSA, Y SIEMPRE QUE LA RESPECTIVA NULIDAD NO HAYA SIDO SUBSANADA EN FORMA LEGAL

3.1.- Santiago Andrade Ubidia, en su obra *La Casación Civil en el Ecuador*^o señala que: *“ 1/4 debe advertirse que no toda violación del procedimiento es motivo de casación a su amparo. La norma es muy clara: únicamente cuando ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, a condición de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.”* (Andrade Ubidia Santiago. *La Casación en el Ecuador*, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 116).

3.2.- El maestro Andrade Ubidia desarrolla los principios que informan esta materia y nos enseña que: *“ Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad; y b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además, debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).”* (Andrade Ubidia Santiago. *La Casación en el Ecuador*, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 117).

3. 3.- Esta Sala Especializada considera conveniente resaltar el criterio que ofrece Humberto Enrique Tercero Bello Tabares sobre el principio de trascendencia o determinancia del recurso de casación, que lo hace de la siguiente manera: *“ La demanda de casación conforme a su debida técnica, debe ser un juicio técnico, científico y jurídico, lógico, coherente y objetivo, del cual se desprendan no sólo la ocurrencia de los yerros delatados, sino su trascendencia o determinancia en las results del proceso, lo que en general e propio de los errores de juzgamiento, cuando estamos en presencia de infracción directa o indirecta de la ley, lo que impone al casacionista la carga de acreditar argumentativamente esa determinancia del vicio; incluso y respecto a la delación del tema fáctico y probatorio, atendiendo al principio probatorio de valoración integral de las pruebas, especialmente en los procesos orales, el casacionista debe hacer un mayor esfuerzo intelectual, ya que debe*

conectar las denuncias de errores de hecho o de derecho en el juzgamiento de los hechos, con los demás medios probatorios y pruebas, que aún no delatadas en casación, permiten establecer de manera correcta los hechos en forma armónica corroborada y relacionada, insistimos, ello conforme al principio de valoración integral de la prueba y de unidad de la prueba, lo que en definitiva permitirá a Casación apreciar si efectivamente se ha producido la infracción indirecta de la ley y si la misma es trascendente o determinante.° (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 412-413)

3.4.- El mismo Andrade Ubidia señala que: *“¼Las causales y la determinación de las normas jurídicas violadas no marchan solas, sino que hay entre ellas una total conexión, por ello no basta atribuir al fallo de instancia que ha transgredido una o muchas disposiciones legales y que se halla incurso en una o varias de las causales de casación, (¼) El recurrente debe señalar en forma concreta y detallada de qué manera se han transgredido las normas de derecho invocadas, según la causal alegada; en efecto, se puede distinguir: a) Si se invoca la causal segunda, se ha de señalar en qué ha consistido la violación de las garantías del debido proceso, o cual ha sido la formalidad procesal incumplida que ha viciado al proceso de nulidad insanable o provocado indefensión y de qué manera ha influido en la decisión de la causa; (¼) e) ¼ con respecto a la causal primera, debe señalarse cómo debió ser la debida aplicación o cuál la correcta interpretación de la norma de derecho sustancial o del precedente jurisprudencial invocado; o cuál es la norma de derecho sustancial o el precedente jurisprudencial obligatorio que se ha aplicado indebidamente y cuál debió ser el aplicable al caso.*° (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 203).

3.5.- *Prima facie*, esta causal contiene tres yerros, que son, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación con referencia concreta a las normas procesales, es decir al derecho adjetivo, a diferencia de lo que ocurre con el caso quinto del artículo 268 del COGEP que se refiere a las normas de derecho sustantivo.

3.6.- Por su parte, Luis Cueva Carrión, en su obra ^aLa casación en materia civil^o, señala que: *“Para que la violación de la ley adjetiva constituya causal de casación se requiere: a) Que la violación produzca nulidad insanable; b) Que la nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; c) Que se hubiere provocado indefensión; y, d) Que, tanto la nulidad insanable como la indefensión,*

hubieren influido en la decisión de la causa.° (Cueva, L. (2011). La casación en materia civil. Quito: Ediciones Cueva Carrión. Pag. 271).

3.7.- La parte recurrente en su escrito de casación y su aclaración, respecto de la falta de aplicación del inciso primero del artículo 164 del COGEP, indicó lo siguiente: *“La falta de aplicación de esta norma, provocó en mi defendida un estado de indefensión, esto dado que el Tribunal valoró una prueba ni solicitada ni practicada legalmente. Así, el Tribunal, al valorar documentos que: 1) no fueron anunciados como prueba por ninguna de las partes, 2) que no fue solicitada su práctica en la Audiencia Preliminar, 3) que no fue practicada en la Audiencia de Juicio y 4) que tampoco fue solicitada como prueba para mejor resolver de acuerdo al artículo 168 del COGEP. En este sentido, la falta de aplicación de esta norma, valorando prueba no solicitada ni practicada, dejó en estado de indefensión a mi representada al no poder contradecir dicho documento ni poder presentar prueba en contrario, que era el derecho de mi representada. Específicamente este yerro se da cuando el tribunal en sentencia apreció la factura No. 0006516 de 15 de julio del 2013 y la utilizó como pieza fundamental en su argumentación.*° El primer inciso del artículo 164 del COGEP, señala lo siguiente: *“Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.*° A decir de la recurrente, la Factura No. 0006516 de fecha 15 de julio de 2013, no debía ser valorada por el Tribunal de instancia; por cuanto, no fue un documento anunciado como prueba por ninguna de las partes y tampoco se habría solicitado su práctica.

3.8.- Sobre la errónea interpretación del artículo 165 del COGEP, la parte casacionista argumenta lo siguiente: *“Respecto al artículo 165 del COGEP se acusa la errónea interpretación del mismo. Esto en razón de que la sentencia recurrida a (sic) señalado que la prueba fue cuidada bajo los preceptos del COGEP garantizando el derecho a la contradicción de (sic) artículo 165. La interpretación clara que se le debe dar a este artículo es que las partes tienen el derecho de contradecir todas las pruebas, sin embargo, interpretando erróneamente esta norma el Tribunal en la sentencia dice que “se garantizó el derecho de contradicción de las partes “cuando en ningún momento se permitió a RECAPT contradecir la Factura No. 0006516. Aclarando, vale señalar que fue la única prueba tomada por el Tribunal para rechazar la pretensión de RECAPT.”*° El artículo 165 del COGEP, menciona: *“Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.”*° Para argumentar el yerro, la recurrente señala que la Factura No. 0006516, no debió ser valorada por el Tribunal de instancia, por los motivos que

señala en la argumentación de la falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, pues a su criterio, no tuvo la oportunidad para contradecir dicho documento, porque la mencionada factura nunca fue anunciada como medio probatorio y tampoco fue practicada.

3.9.- El Tribunal de instancia en su sentencia de mayoría, señaló que: *“Al haberse planteado como pretensión que se declare la nulidad de la resolución impugnada debido a que los descuentos ya fueron realizados por el IESS y por ende los valores ya fueron reintegrados a esa institución eliminándose el supuesto perjuicio económico al Estado; revisado el expediente se tiene que a fojas 111, 123 del expediente administrativo aparecen copias de notas de crédito, emitidas por la empresa RECAPT S.A. , a favor del IESS; más sin embargo, a lo largo del expediente administrativo constan facturas emitidas por RECAPT al IESS, en las que se cobra al IESS los valores determinados dentro del periodo objeto del Informe de Auditoria que no tenían una base contractual ni legal. Específicamente a fojas 112 consta copia de la factura No.0006516 de 15 de julio del 2013, que dice, en su acápite “DESCRIPCIÓN”: “DEVOL. VALORES DESCONTADOS EN ABRIL/13 POR AMT POR EL PERÍODO MARZO-AGOSTO 2012 (DIFERENCIAS); DEVOL. VALORES DESCONTADOS EN ABRIL/13 POR ACD ESPECIALES PERÍODO MARZO-AGOS/12 (DIFERENCIAS); factura que refiere a la devolución de valores descontados a la empresa actora, correspondiente al período observado por el equipo auditor de la Contraloría General del Estado y que ocasionó la determinación de la responsabilidad civil”. En la especie, se verifica que el Tribunal de instancia valoró un documento que forma parte del expediente administrativo, del cual el Tribunal de instancia tiene la competencia de realizar el control de legalidad íntegro de las actuaciones administrativas.*

3.10.- El numeral 2 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial otorga la competencia a la Jueces de lo Contencioso Administrativo para supervisar la legalidad de los actos administrativos, siendo facultad de los Tribunales y Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo realizar el control de legalidad de los actos administrativos impugnados, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 300 y 313 del COGEP, es decir, que el órgano jurisdiccional goza de plena jurisdicción cuando además de conocer la pretensión del administrado o accionante, tiene la potestad de examinar cuestiones de hecho y derecho, en ejercicio de sus competencias, pasando de esta manera de una jurisdicción revisora a una jurisdicción contenciosa administrativa tutelar de derechos de los administrados y la administración pública.

3.11.- Según Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en su obra *“Derecho procesal administrativo ecuatoriano”* cuando se refiere al fundamento y finalidad del proceso contencioso-administrativo nos

enseña que: *“La conclusión práctica y la consecuencia necesaria de éstos es la posibilidad de un control jurídico de la actividad administrativa. La división de poderes implica una Función Judicial independiente, con autoridad para juzgar al gobernante por sus actos. (1/4) El proceso contencioso administrativo tiene por finalidad lograr que, de modo eficaz y efectivo, la Administración se someta al derecho, al tiempo que se busca la efectiva vigencia y eficacia de los derechos de los administrados.”* (Benalcázar, J (2007). Derecho procesal administrativo ecuatoriano Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial. Pags. 38-39).

3.12.- Por su parte, Vicente Escuin Palop, en su libro *“Elementos de Derecho Público”* pone de manifiesto las características del proceso contencioso-administrativo, que, entre otras, esta Sala Especializada destaca la siguiente: *“El proceso contencioso constituye un sistema de fiscalización total y no meramente anulatoria. Lo que significa que, si bien toda sentencia debe declarar la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa con el Derecho, puede incluir el «reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma».”* (Escuin, V (2014). Elementos de Derecho Público. Madrid: Editorial Tecnos. Pag. 229)

3.13. En este sentido, el control de legalidad no se limita a los puntos de debate que propusieron las partes procesales como objeto de la controversia, sino que vislumbra la obligación del Juez de pronunciarse sobre el conflicto de fondo, sobre los derechos subjetivos del administrado presuntamente afectados, reconociéndolos, restableciéndolos y adoptando todas las medidas necesarias para garantizar su efectiva satisfacción, dejando atrás el dogma del contencioso revisor de la legalidad formal, por el carácter tutelar del contencioso administrativo.

3.14.- Respecto de la errónea interpretación del artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República, la empresa recurrente, argumentó lo siguiente: *“ (1/4) jamás, interpretó adecuadamente esta norma, para fijarse que ésta debía estar involucrada también en el proceso judicial. De esta manera, si el Tribunal hubiera interpretado adecuadamente esta norma, hubiese concluido que la Factura No. 0006516 no podía tener validez alguna ni tampoco se le hubiese dado una eficacia probatoria a esta factura pues, constitucionalmente está prohibido.”* La recurrente alega como infracción la errónea interpretación del artículo 76, numeral 4 de la Constitución, que precisa lo siguiente: *“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el*

derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (1/4)4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.° Al respecto, es necesario indicar que el artículo 76 de la Constitución de la República, es una norma de carácter constitucional, que regula el derecho al debido proceso. La Corte Constitucional, en la Sentencia No. 546-12-EP/20, de fecha 08 de julio del 2020, refiere: *° El derecho al debido proceso es un principio constitucional que está rodeado de una serie de reglas constitucionales de garantías (art. 76 de la Constitución y sus numerales).*° (Sentencia No. 546-12-EP/20 de 08 de julio del 2020, párrafo 23.1).

3.15.- En el presente caso, el casacionista alega que existe una errónea interpretación del artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República, como ya se dijo en líneas anteriores, esta norma forma parte de las garantías del debido proceso, que no basta solo con probar que el Tribunal de instancia haya incurrido en tal yerro, sino que el recurrente debe argumentar su vulneración, señalando las normas secundarias donde se aplican estos principios y garantías, situación que no ha tomado en cuenta el recurrente para formular su recurso de casación.

3.16. De lo expuesto, esta Sala Especializada concluye que, el recurso de casación no puede prosperar por este extremo.

IV

CAUSAL SEGUNDA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CUANDO LA SENTENCIA O AUTO NO CUMPLA CON EL REQUISITO DE MOTIVACIÓN

4.1.- RECAPT S.A., para fundamentar el yerro de falta de motivación, lo hace a través de tres argumentos:

i) Que la sentencia es equívoca e ilógica frente al análisis de los descuentos realizados por el IESS a RECAPT: *° (1/4) mediante el Oficio No. 494, los Oficios No. 21200000-1221, 21200000-1424, 21200000-1602, el Memorando IESS-DSGSIF-2013-0001-M, las tres notas de crédito adjuntas a los mismos y el peritaje contable realizado por la perito Shirley Gioconda Jarrín Lara, las parte*

actora comprobó fehacientemente que los descuentos ya fueron realizados a RECAPT por el IESS, por un monto total de USD \$14.964.53; razón por la cual no procedía reintegrar dichos valores nuevamente tal como el acto administrativo impugnado señala. Cabe considerar que en los mencionados documentos, los funcionarios del IESS, también dejan constancia que los descuentos reflejados en los mencionados documentos, se realizaron debido al Informe No. DADSySS-008-2013, el cual consiste en el antecedente para la emisión del acto administrativo impugnado en la presente causa (1/4) el Tribunal, en el ya citado acápite 9.2 de la sentencia, de forma ilógica e irrazonable, concluye que los valores descontados a la contratista, fueron devueltos por parte del IESS, como se evidencia de la Factura No. 6516 constante en el expediente administrativo. Cabe tomar en cuenta que, como se mencionó anteriormente, el valor de la factura asciende a USD \$ 116.074,56; por lo que resulta matemáticamente incomprensible los fundamentos para considerar devueltos la totalidad de los descuentos realizados, tal como el Tribunal ilógicamente concluye en su sentencia.º

ii) No existe motivación con respecto a las pruebas que el Tribunal considera trascendentales:

^a (1/4) El texto antes citado de la sentencia, genera un sinnúmero de dudas, las cuales impiden a la parte actora conocer los motivos por los cuales se entienden que solo esas siete pruebas son trascendentales para la resolución del caso, y tampoco los motivos por los cuales se considera que las demás pruebas anunciadas por la parte actora en su demanda, aceptadas por el Tribunal y practicadas en la audiencia de juicio, no resultan trascendentales para resolver la presente acción subjetiva. Resulta irrazonable entonces, que en un proceso donde se impugna una orden de reintegro, no se consideren trascendentales pruebas que buscas directamente demostrar los fundamentos fácticos y técnicos expuestos en la demanda, por los cuales no procede reintegrar nuevamente los valores especificados en el acto administrativo y que además, en ningún momento existió un pago indebido por parte del IESS a RECAPT.º

iii) La sentencia ignora inmotivadamente el criterio técnico del perito en telecomunicaciones y no desvirtúa el mismo:

^a (1/4) la parte actora practicó en la presente causa, una pericia en telecomunicaciones con el objetivo de que un experto en la materia, informe al Tribunal, los fundamentos técnicos por los cuales no existe pago indebido y por ende, demostrar que la Contraloría General del Estado, en desconocimiento de la materia, incurrió en errores al momento de determinar una responsabilidad civil culposa en contra de RECAPT. (1/4) el peritaje técnico del Ing. David Jaramillo se elaboró y sustentó con los mismos documentos utilizados por la Contraloría General del Estado para afirmar que existe un pago indebido, por lo que, si se considera que el informe pericial no contiene suficiente soporte técnico, también se debe considerar que la entidad demandada no tiene suficiente soporte para sustentar el acto administrativo impugnado, tomando en cuenta que es obligación legal de la CGE comprobar la responsabilidad y no del administrado

comprobar su inocencia. (1/4) Además, cabe considerar que el peritaje buscaba simplemente demostrar que los servicios adicionales de ACDs Especiales, solicitados por el Administrador del Contrato a RECAPT, debían ser técnicamente pagados como llamadas salientes (OUTBOUND), y por ende, que es un error pretender, como lo hace la CGE, que se paguen como llamadas entrantes (INBOUND); ya que ambos tipos de operaciones generan evidentemente diferente nivel de gasto para el contratista, razón por la cual el mismo contrato preveía diferentes precios unitarios."

4.2.- Esta Sala de Casación considera importante recordar que la causal invocada procede cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la ley o, en su parte dispositiva, se hayan adoptado decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. Debe tomarse en cuenta que la sentencia es la providencia judicial mediante la cual el o los juzgadores, resuelven en su totalidad el fondo del asunto controvertido puesto a su conocimiento; por tanto, su contenido es único e íntegro y debe ser estimado en ese rigor procesal. Entendiendo que su parte expositiva esboza un resumen de la materia que forma parte de la controversia; que su parte considerativa, contiene la motivación, en la que se halla el análisis de lo demandado, la confrontación con las oposiciones formuladas en la contestación y sus consecuentes excepciones; la valoración probatoria, lo que permite al juzgador establecer la verdad material que arroja el proceso judicial; para luego tomar las normas jurídicas que corresponden ser aplicadas a esos hechos a fin de solucionar el problema jurídico de la controversia; subsunción con la cual, se obtiene como resultado la emisión del pronunciamiento judicial que se encuentra en la parte resolutive. En ese contexto, la sentencia es el producto de la adecuación de los hechos con el derecho pertinente.

4.3.- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en su Resolución No. 271 de 19 de julio de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 418 de 24 de septiembre de 2001, señaló que: *" Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ta del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando de los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte motiva, pues entre la una y la otra existe una relación de causa y efecto y forman una unidad."*

4.4.- Podemos decir que el requisito de la lógica tiene una correlación directa con la congruencia de

los elementos ordenados, concatenados y sistematizados que facilitan la construcción de un juicio de valor por parte de los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en su Sentencia No. 179-14-SEP-CC de 22 de octubre de 2014 dentro del caso No. 1189-12-EP, indicó que: *“Este elemento debe regirse sobre la base de los hechos puestos a consideración de los juzgadores de modo que mediante la recurrencia a las fuentes del derecho aplicables al caso, se obtenga de aquel, el pronunciamiento de un criterio jurídico coherente que integre aquellas fuentes con el producto de su conocimiento y experiencia acumulados durante su vida.”* (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 179-14-SEP-CC de 22 de octubre de 2014, caso No. 1189-12-EP).

4.5.- Sobre la razonabilidad, cabe destacar que la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 064-16S-SEP-CC, de 2 de marzo de 2016, señaló lo siguiente: *“la razonabilidad debe ser entendida como un juicio de adecuación de la resolución judicial respecto a los principios y normas consagrados por el ordenamiento jurídico, particularmente con aquellos contenidos en la Constitución de la República, de modo que se muestre que el criterio del juzgador se fundamenta en normas e interpretaciones que guardan conformidad con la Norma Suprema y demás cuerpos legales, y no en aspectos que colisionen con las fuentes de derecho, precautelando de esta manera la supremacía constitucional y la vigencia del ordenamiento jurídico”*. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 064-16-SEP-CC de 2 de marzo del 2016, caso No. 1336-11-EP).

4.6.- De la revisión del contenido de la sentencia que ha sido impugnada, se desprende que además de reunir los requisitos formales establecidos en el artículo 90 y 95 del COGEP, la misma, en su parte expositiva esboza, un resumen de la materia que forma parte de la controversia; que su parte considerativa, contiene la motivación, en la que se halla el análisis de lo demandado, se indica el fundamento fáctico y normativo, para luego tomar las normas jurídicas que corresponden ser aplicadas a esos hechos a fin de solucionar el problema jurídico de la controversia; subsunción con la cual, se obtiene como resultado la emisión del pronunciamiento judicial que se encuentra en la parte resolutive.

4.7.- El casacionista ha sustentado su recurso en virtud del anterior precedente jurisprudencial, que establecía a la lógica, razonabilidad y comprensibilidad como parámetros de la motivación; sin embargo, esta Sala destaca que la Corte Constitucional del Ecuador ha emitido jurisprudencia reciente donde ha establecido que la motivación de una autoridad pública debe reunir ciertos *“elementos argumentativos mínimos”* para que sea *suficiente*; para el efecto, la estructura mínima de la motivación de los actos jurisdiccionales deben componerse de: 1) la enunciación de las normas o principios jurídicos en los que se fundamenta lo resuelto; 2) la enunciación de los hechos del caso; y, 3) la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho. En ese

sentido, se considera que la argumentación jurídica tiene una estructura mínimamente completa, cuando está compuesta con una *fundamentación normativa suficiente*, esto es, debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la resolución del caso, así como la justificación de su aplicación a los hechos del asunto que se ventila; y, una *fundamentación fáctica suficiente*, es decir, el juzgador justifica los hechos probados en virtud del análisis de las pruebas. (Sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021). Criterio que ha sido acogido por la Corte Nacional de Justicia en varios de sus fallos. En suma, en la sentencia fiscalizada, se advierte que la misma reúne los requisitos exigidos por la ley para su plena validez, contiene una fundamentación fáctica y normativa suficiente.

4.8.- La parte recurrente a través de su argumentación, lo que pretende es que este Tribunal de Casación realice una nueva revisión de los hechos y una nueva valoración probatoria de las pruebas que el Tribunal de instancia consideró como trascendentes y del criterio técnico del perito de telecomunicaciones, actividad que se encuentra vedada para este Tribunal de Casación.

4.9.- La Resolución No. 61-2000 expedida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial 307 de 17 de abril de 2000, señala: ^a (1/4) *el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria.*^o En este sentido, es necesario indicar que el Código Orgánico General de Procesos si prevé la causal referente a las infracciones que refieren a la valoración probatoria.

4.10.- RECAPT S.A., al argumentar que el análisis que realizó el Tribunal de instancia sobre los descuentos realizados por el IESS a RECAPT, es equívoco e ilógico, al considerar que los valores descontados fueron restituidos a RECAPT por el IESS y que el Tribunal de instancia omitió realizar un análisis a profundidad de todos los hechos que a criterio de la casacionista fueron probados, pretende que este Tribunal de casación, realice una nueva revisión fáctica, al respecto la Resolución No. 373-2001, expedida por la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 490 de 9 de enero de 2002, indicó lo siguiente: ^a (1/4) *el recurso de casación es improcedente cuando se discuten las conclusiones de hecho del tribunal ad quem, los jueces inferiores son libres para la apreciación de la prueba (1/4)no se puede recurrir una sentencia por la sola discrepancia con la valoración de la prueba hecha por el tribunal ad quem (1/4)*^o. Por lo tanto, este Tribunal no puede realizar una nueva revisión de los hechos que fueron discutidos en la instancia judicial.

4.11.- El recurso de casación está sometido al principio de debida técnica. Humberto Enrique Tercero Bello Tabares nos enseña que: *“ Cuando analizamos las características del recurso de casación, tuvimos ocasión de expresar, que la casación como recurso extraordinario y especializado que es, difiere de los llamados recursos ordinarios, especialmente en lo que se refiere a la debida técnica que rodea al medio de impugnación, cuya complejidad se enrostra en el manejo de ciertas terminologías, criterios, conocimientos, experiencia, estudio y en general de la debida técnica que permite el ejercicio del recurso para llegar a un buen final, de manera que no tratándose de un recurso cualquiera, sino del recurso más importante y prestigioso en sede jurisdiccional que abre las puertas, nada más y nada menos que del Tribunal de Casación para delatar aquella sentencia que además de injusta y defectuosa, se hayan inficionada de errores de procedimiento o juzgamiento, resulta lógico que se requiere la implementación de una debida técnica casacionista por parte del recurrente para que la casación pueda cumplir su papel de revisor, protector de la ley y uniformador de criterios, que culminará eventualmente con la justicia del caso.”* (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 393-394). Por lo tanto, esta Sala Especializada está imposibilitada de corregir los errores detectados al momento de formular y sustentar el recurso.

4.12.- De lo expuesto, la Sala Especializada aprecia que, en el caso que nos ocupa, los casacionistas no han logrado justificar el yerro denunciado, en consecuencia, el recurso de casación no puede prosperar por este extremo.

V

CAUSAL QUINTA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CUANDO SE HAYA INCURRIDO EN APLICACIÓN INDEBIDA, FALTA DE APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO, INCLUYENDO LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

5.1.- Con cargo al caso quinto del artículo 268 del COGEP, esta Sala estima importante referirse a su alcance, que consiste en: *“ 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”* Al respecto, esta causal se refiere a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error *in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por ^a falta de aplicación^o, es decir, se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser

consideradas para la decisión o por ^aaplicación indebida^o de las normas, cuando ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por ^aerrónea interpretación^o, cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y, por tanto, la sentencia debe ser casada, porque declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en ^aun error de existencia^o; la aplicación indebida entraña ^aun error de selección^o y, la errónea interpretación equivale a ^aun error del verdadero sentido de la norma^o.

5.2.- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la *ex* Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicada en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *“Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente.”*

5.3.- En este orden de ideas, Santiago Andrade Ubidia, en su obra ^aLa Casación Civil en el Ecuador^o, señala que: *“En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque no se ha aplicado la que corresponda o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo”* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 182).

5.4.- RECAPT S.A., a través de esta causal manifiesta principalmente, que en el fallo recurrido existiría una errónea interpretación del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante ^aLOCGE^o), errónea interpretación del artículo 1561 del Código Civil y la falta de aplicación del artículo 1576 *ibídem*.

5.5.- Respecto de la errónea interpretación del artículo 53 de la LOCGE, la empresa recurrente en su recurso de casación y en la audiencia de sustentación del recurso, sostuvo los siguientes argumentos:

ª (1/4) en la demanda RECAPT demostró que la Contraloría General del Estado consideró ilegalmente que RECAPT incurrió en un pago indebido, ya que, al existir un contrato previo entre el IESS y RECAPT, solamente se pudiera dar el caso de un pago en exceso entre ambas partes contractuales. Por esta misma razón, en la demanda se alegó que la demandada, en el supuesto caso que procedía, no debía emitir una orden de reintegro, sino un Glosa, tal como ordena el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Una vez que queda claro el sentido del artículo 53 de la LOCGE, se demuestra que, frente a este punto controvertido, e interpretando erróneamente el artículo antes mencionado, de forma obscura, el Tribunal en el considerando 9.3 de la sentencia (1/4) De lo anteriormente citado, se evidencia que el Tribunal no logra entender la diferencia entre estos dos conceptos, ya que si se considerará (sic) al pago indebido como cualquier desembolso sin sustento contractual en los casos que exista una relación contractual previa entre el que realiza el pago y el que se beneficia del mismo, no existieron casos de pago en exceso. En este sentido, no se puede justificar un pago indebido cuando ya hay un contrato previo entre las partes, porque ya existe un sustento para realizar los pagos, por lo que solo se puede pagar en demasía la obligación prevista en el mismo, configurándose un pago en exceso (1/4) si el Tribunal entendía la diferencia entre pago indebido y pago en exceso tal como el artículo 53 lo prescribe, hubiera detectado una ilegalidad suficiente para evidenciar la falta de motivación de la sentencia, por no subsumir la parte demandada los hechos al derecho, ya que no se puede fundamentar una orden de reintegro en casos de pago en exceso. Por ende, procedía la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado, tal como RECAPT pretendía, en razón de que no existía una adecuada motivación del mismo; demostrando así que la errónea interpretación del artículo en análisis fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia.º ª Si el Tribunal hubiera interpretado adecuadamente este artículo, hubiera concluido que la demandada no cumplió con el plazo previsto en el artículo 53 antes mencionado, lo que sin duda era razón suficiente para considerar nulo al acto administrativo tal como pretendía RECAPT con su demanda, debido a que el mismo fue dictado sin competencia en razón del tiempo (1/4)º. El casacionista refiere que la Contraloría General del Estado erróneamente consideró que el IESS incurrió en un pago indebido, cuando existía un fundamento jurídico previo, que es el Contrato No. 64000000-1002-C ª Contrato de Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuariosº, suscrito entre RECAPT y el IESS, y si la Contraloría General del Estado, determinaba una responsabilidad civil culposa, debió hacerlo a través de una glosa, por el supuesto pago en exceso.

5.6.- Cuando la parte recurrente alega este yerro está en la obligación de explicar lo siguiente: **(i)**

¿Cuál es la norma sustantiva infringida?; **(ii)** si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; **(iii)** ¿Cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial?; **(iv)** explicar el método de interpretación que usó en la decisión judicial; **(v)** determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde y por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; y, **(vi)** para luego establecer cuál es la interpretación que debió darse a la norma, cuál es el método de interpretación o la correcta aplicación de sus reglas, a fin de concluir con el razonamiento lógico-jurídico que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción.

5.7.- En el presente caso, el casacionista identifica al artículo 53 de la LOCGE como la norma sustantiva que fue infringida, explica que ésta era la norma pertinente para dar solución al problema jurídico, justifica que la interpretación del Tribunal es errada, porque existe un contrato suscrito entre el IESS y RECAPT, y que los pagos realizados no constituirían un pago indebido sino un pago en exceso y que a la Contraloría General del Estado, le correspondía predeterminar la responsabilidad civil vía glosa y no vía orden de reintegro; sin embargo.

5.8.- El artículo 53 de la LOCGE, establece el procedimiento para la determinación de responsabilidades civiles, diferenciándose ésta en dos clases respecto a la forma en que ocurrió el presunto perjuicio económico, esto es: mediante la predeterminación de responsabilidades vía glosa; y, mediante la emisión de una orden de reintegro.

5.9.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y RECAPT suscribieron el contrato No. 64000000-1002-C (Contrato de Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios). El Informe de la Contraloría General del Estado, predeterminó responsabilidades civiles en contra de RECAPT S.A., en la que se estableció un pago indebido a través de una orden de reintegro, por cuanto, el contratista facturó un valor superior al estipulado en el contrato, incumpliendo las cláusulas quinta y sexta de dicho contrato.

5.10.- En relación a la procedencia de una orden de reintegro, en el caso de pago indebido, Ismael Quintana, enseña: *“ Si, en cambio, se trata de una orden de reintegro por pago indebido, debe existir una descripción de los hechos que demuestren que los desembolsos se realizaron sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario haya entregado el bien, realizado la obra o prestado el servicio, o la haya cumplido solo parcialmente (1/4)”* (Ismael Quintana (2021). Manual de

Responsabilidades en la Contraloría General del Estado. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag. 123). Entonces, el pago indebido es aquel que se realiza sin tener una causa que justifique la deuda, mientras que el pago en exceso ocurre cuando se lo efectúa por un monto mayor al que correspondía pagar, es decir, lo adeudado se encuentra justificado, pero ocurre un error en el monto del pago, porque lo adeudado se satisface por un valor mayor al establecido.

5.11.- Este Tribunal no coincide con la interpretación que realiza el Tribunal de instancia sobre el artículo 53 de la LOCGE, ya que se evidencia que los rubros pagados en demasía no configuran como tal un pago indebido, al tener como fundamento el contrato suscrito entre el IESS y RECAPT. La norma claramente determina que solo en casos de pagos indebidos habrá una orden de reintegro, lo cual conlleva a deducir que, para el pago efectuado en demasía, como en efecto ocurrió en el caso, la responsabilidad por el perjuicio económico se debía predeterminar mediante una glosa.

5.12.- Por las consideraciones expuestas, sin que sea necesario el análisis de la errónea interpretación del artículo 1561 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 1576 ibídem, se acepta el recurso de casación por este extremo.

VI

SENTENCIA DE MÉRITO

6.1.- El artículo 273 del COGEP, señala lo siguiente: *“Art. 273.- Sentencia. Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá: (1/4) Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.”* Así la Corte Constitucional, en Sentencia No. 525-14-EP/20, de 8 de enero del 2020, estableció: *“ (1/4) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos.”* (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42).

6.2.- Este Tribunal hace suyos los acápites I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII (considerandos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SEPTIMO, OCTAVO y DÉCIMO SEGUNDO) de la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal de instancia, conforme lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia No. 2786-17-EP/21 de 15 de diciembre del 2021, que en su parte pertinente señala: *“ (1/4) los jueces motivan por remisión o per relationem; es decir, hacen suya*

una argumentación jurídica contenida en otra resolución judicial, lo que no supone necesariamente un incumplimiento de la garantía de la motivación, lo que solo ocurriría si la remisión es deficiente, es decir, si el juzgador, además de la remisión, no Âreali[za] un pronunciamiento autónomo sobre el thema decidendum Â no adopta Âuna postura crítica sobre la suficiencia y la fundamentación de dicha sentencia [aquella a la que se dirige la remisión]Â^{1/4}) (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. No. 2786-17-EP/21, 15 de diciembre del 2021, párr. 18).

6.3.- RECAPT S.A., y el IESS, suscribieron el Contrato No. 64000000-1002-C ^a Contrato de Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios^o con fecha 13 de marzo del 2012, por un valor de \$ 19.450.795,59, protocolizado por el Notario Sexto del Cantón Quito.

6.4.- Con Memorando 1719-CGP y el Subcontralor General del Estado, Subrogante, dispone que se realice el examen especial correspondiente al proceso precontractual, contractual y de ejecución del Contrato de Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de agosto de 2012. La Contraloría General del Estado, con fecha 27 de mayo del 2013 remitió el Informe Final del Examen Especial DADS y SS-0008-2013. Con fecha 25 de noviembre de 2013, mediante Oficio 596-DADSySS, el Ing. Hugo Pérez Mena, en calidad de Subcontralor General del Estado (E), predeterminó una responsabilidad civil culposa y emitió la Orden de Reintegro No. 596 de 25 de noviembre de 2013, por pago indebido por el valor de \$ 686.860,39 en contra de RECAPT S.A. Con Resolución No. 3526 de 17 de junio de 2016, el Ente de Control, confirmó la predeterminación de responsabilidad civil culposa, contenida en el Oficio No. 596-DADSy SS.

6.5.- La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 53, establece: *“La responsabilidad civil culposa se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. (1/4)Dicho perjuicio se establecerá de la siguiente forma: 1. Mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa que será o serán notificadas a la o las personas implicadas sean servidores públicos o personas naturales o jurídicas de derecho privado, concediéndoles el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes. Expirado este plazo, la Contraloría General del Estado expedirá su resolución; y, 2. Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra,*

o prestado el servicio, o la hubiere cumplido sólo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contados a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa (¼)º El artículo 53 de la LOCGE, establece el procedimiento para determinar responsabilidades civiles, respecto de la forma en que ocurrió el perjuicio económico, a través de dos clases, esto es, mediante la predeterminación de responsabilidad vía glosa y mediante la emisión de una orden de reintegro por un pago indebido.

6.6.- En el presente caso, la entidad demanda predeterminó una responsabilidad civil y confirmó la misma, a través de una orden de reintegro por pago indebido en contra de la empresa contratista RECAPT S.A., argumentando que: *“La empresa Recuperación de Capital Contact Center SA (RECAPT S.A.). en la persona de su representante legal, en calidad de contratista, por cuanto facturó y cobró en exceso, servicios adicionales que complementan la gestión de citas médicas (ACD&A) Especiales, con un precio unitario de 5,072 USD correspondiente al Servicio de IVR- campañas de llamadas Outband- confirmación de citas , distinto al estipulado en el contrato de 0.121 USD para las llamadas sin cita; inobservando lo dispuesto en la Cláusula Sexta, Forma de Pago, numeral 6.08 y 60.09; artículos 1454 y 1561 de la Codificación del Código Civil (¼) hallándose comprendido en lo previsto en el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado referente a que la responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercer autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.”* La Contraloría General del Estado, observó que existió un contrato suscrito entre el IESS y RECAPT S.A., que existieron pagos realizados en exceso que no formaban parte del contrato, confundiendo así la figura jurídica de pago indebido y pago en exceso, como se explicó los numerales 5.10 y 5.11 de esta sentencia.

6.7.- En tal sentido, el Ente de Control concluyó equivocadamente en una orden de reintegro, cuando el numeral 2 del artículo 53 de la LOCGE, prevé que ante un pago indebido la predeterminación de responsabilidad civil se realizará a través de una orden de reintegro, siendo que en el presente caso existía un contrato suscrito entre el IESS y RECAPT S.A., y se evidenció el perjuicio económico por un pago en exceso, la responsabilidad debió ser predeterminada a través de una glosa y no a través de

una orden de reintegro. Por lo que, el acto administrativo impugnado, contenido en la Resolución No. 3526 de 17 de junio de 2016, que confirma la predeterminación de responsabilidad civil culposa contenida en el Oficio No. 596-DADSySS, no fue expedido con arreglo al ordenamiento jurídico.

VII

RESOLUCIÓN

7.1.- Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** acepta el recurso de casación interpuesto por **RECAPT S.A**, únicamente por el caso 5; y, en consecuencia **casa** la sentencia de mayoría dictada el día 24 de septiembre del 2018, las 12h05 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.

7.2.- De conformidad con el numeral 3 del artículo 273 del COGEP, se acepta parcialmente la demanda y se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, contenido en la Resolución No. 3526 de 17 de junio de 2016, que confirma la predeterminación de responsabilidad civil culposa contenida en el Oficio No. 596-DADSySS. No ha lugar la indemnización de daños y perjuicios que solicita la empresa accionante en su demanda; por cuanto, no han sido probados.

RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO
JUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO
JUEZ NACIONAL (E)