



Juicio No. 01803-2015-00142

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 12 de febrero del 2026, las 08h16. **VOTO DE MAYORIA DEL CONJUEZ NACIONAL. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO.**

VISTOS: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformada mediante el respectivo sorteo, por los jueces nacionales:

a) Dr. Patricio Secaira Durango, quien ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; b) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, conoce el recurso de casación en virtud de que fue designado como Conjuez de la Corte Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado de la Sala Especializada Contencioso Administrativo, pero dicho encargo culminó con Acción de Personal No. 1384-UATH-2025 en la que además se me reincorpora a la función de Conjuez Titular de la referida Sala; c) Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas, quien ha sido llamada a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en calidad de Jueza Nacional, en reemplazo del Dr. Fabián Racines Garrido, mediante Oficio No. 147-SG.CNJ-2024, de 8 de febrero del 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y acción de personal 0487-DNTH-2024-JV de 19 de febrero de 2024. el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. d) A fojas 107 del expediente casacional se verifica que con fecha 26 de abril del 2023 se llevó a cabo la audiencia en estrados dispuesta en providencia de 20 de abril del 2023, con la presencia de los doctores Patricio Secaira Durango, Iván Larco Ortuño y Fabián Patricio Racines, actualmente, como se mencionó en el párrafo anterior la Dra. Hipatia Ortiz actúa en calidad de Jueza Nacional en reemplazo del ex Juez Fabián Racines. e) Con fecha 18 de septiembre del 2025, el Tribunal conformado por los doctores Patricio Secaira Durango, Hipatia Susana Ortiz Vargas e Iván Rodrigo Larco Ortuño, disponen la práctica del sorteo de dos Conjuetas para que se integren al conocimiento del proceso; al existir pronunciamientos distintos entre los integrantes designados para resolver la

causa. **f)** Conforme las actas de sorteo de 22 de septiembre del 2025, se designó a las doctoras Katty Mishel Muñoz Vaca y Ximena del Rocío Velasteguí Ayala, quienes ejercen funciones de Conjuetas Nacionales de la Corte Nacional de Justicia, en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, mediante Resolución No. 068-2024 de 22 de marzo del 2024 expedida por el Consejo de la Judicatura. **g)** En providencia de 8 de octubre del 2025, al no haberse formado resolución de mayoría en la presente causa con los Jueces y Conjuetas designadas por sorteo, se dispuso la práctica de un nuevo sorteo para que una de las Conjuetas Nacionales restantes se integren al conocimiento de la causa, sorteo que fue realizado el 8 de octubre del 2025 donde se designó a la Dra. Marcy Alvarado, Conjueta Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. **h)** Actualmente, el Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, se encuentra en calidad de Conjuet Nacional, a partir del 1 de noviembre del 2025, fecha posterior a las actuaciones procesales realizadas para la conformación de mayoría para la resolución de la causa, de igual forma la Dra. Ximena Velasteguí Ayala, es asignada Jueza Nacional encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, a partir de 1 de noviembre del 2025, en virtud de la Acción de Personal No 1283-UATH-2025-JV, de fecha 03 de octubre del 2025, quien anterior al 1 de noviembre del 2025, se encontraba en calidad de Conjueta Nacional y fue sorteada en esa calidad para el conocimiento y resolución de la presente causa, con la finalidad de dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial. **i)** Las Conjuetas Katty Muñoz y Marcy Alvarado se adhieren al proyecto presentado por el entonces Juez Nacional Iván Larco, por lo que pasa a ser la sentencia de mayoría. **j)** Agréguese a los autos el escrito de fechas 26 de noviembre de 2025, a las 14h11, presentado por el Abogado Juan Sebastián del Castillo Canelos, a nombre del señor Bernardo Creamer, Gerente General y representante legal de la compañía Consultora ASTEC Asesoría Técnica Cía. Ltda., mediante el cual manifiesta: *“1/4 1. Con relación a la última providencia dictada en el presente caso, debemos mencionar que Astec tiene conocimiento de que ya se llevó a cabo la audiencia en estrados. 2. No obstante, también es cierto que se produjeron cambios en la conformación de la Sala, por lo que los nuevos integrantes no tuvieron la oportunidad de escuchar los alegatos de las partes. 3. Por lo tanto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 103 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, solicitamos se convoque a las partes a una reunión, con el fin de que puedan exponer oralmente los argumentos que sustentan sus posturas ante los nuevos miembros de la Sala”* **1/4 °**. **k)** Para resolver lo pertinente se considera que el artículo 103 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial señala: *“1/4 Recibir o reunirse, en las causas que esté conociendo, a una de las partes o a sus abogados, sin que haya sido notificada previamente la otra por medio de la secretaría de la judicatura, con una antelación no menor a cuarenta y ocho horas”* **1/4 °** **l)** De la lectura literal de la disposición invocada, se desprende que dicha norma no configura un mecanismo procesal ni una

facultad de las partes para solicitar reuniones con el órgano jurisdiccional, sino que regula un deber de abstención y una regla de conducta judicial, orientada a garantizar los principios de imparcialidad, igualdad procesal y transparencia en la administración de justicia. En consecuencia, el artículo 103 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial no constituye fundamento jurídico válido para solicitar una reunión entre las partes procesales y los Jueces que conocen la causa, más aún cuando el proceso ya ha contado con la respectiva audiencia en estrados, conforme consta en la razón sentada por la Secretaria a fojas 107 del cuadernillo de casación. Por otra parte, la circunstancia alegada por la parte solicitante, referente a la variación en la integración de la Sala, no habilita la reapertura de fases procesales ya prelucidas, ni faculta a las partes a reproducir alegaciones orales fuera de las oportunidades procesales previstas expresamente en la ley, sin vulnerar los principios de seguridad jurídica, preclusión y debido proceso. Por lo expuesto se niega la solicitud de convocatoria a reunión entre las partes procesales y los miembros de la Sala, formulada por la compañía Astec Asesoría Técnica Cía. Ltda., por improcedente y carente de sustento legal. **m)** Agréguese a los autos el escrito de fecha 22 de diciembre de 2025, a las 09h41 y los anexos y el escrito de fecha 07 de enero de 2026, a las 16h03, presentados por la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP; lo manifestado en los mismos, en lo que fuese procedente y pertinente se considerará en el momento procesal oportuno; téngase en cuenta la calidad en la que comparece el Ingeniero Miguel Santiago Andrade López, como Gerente de la Unidad de Negocios CELEC SUR, Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, según lo demuestra con la documentación adjunta; así como los casilleros judiciales electrónicos: 1718757527, 0101898336, 0301877940 y los correos electrónicos: csr-patrocinio@celec.gob.ec, luis.vaca@celec.gob.ec, maria.merchan@celec.gob.ec y harry.yumbla@celec.gob.ec, señalados para recibir futuras notificaciones; notifíquese a sus anteriores defensores que han sido relevados de la defensa la causa. **n)** Con Oficio No. 1555-JDSN-P-CNJ-2025 de 25 de noviembre de 2025, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia confirió licencia con remuneración a la Dra. Hipatia Ortiz Vargas el 26 de noviembre de 2025. Con Oficio No. 1570-JDSN-P-CNJ-2025 de 27 de noviembre de 2025, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia confirió licencia con remuneración a la Dra. Hipatia Ortiz Vargas el 27 y 28 de noviembre de 2025. Con Oficio No. 1589-JDSN-P-CNJ-2025 de 1 de diciembre de 2025, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia confirió licencia con remuneración a la Dra. Hipatia Ortiz Vargas el 1 de diciembre de 2025. Con Oficio No. 1603-JDSN-P-CNJ-2025 de 3 de diciembre de 2025, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia confirió licencia por enfermedad al Dr. Patricio Secaira desde el 8 al 12 de diciembre de 2025. Con Oficio No. 1625-CNJ-P-CNJ-2025 de 10 de diciembre de 2025, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia confirió licencia por enfermedad al Dr. Patricio Secaira desde el 15 al 22 de diciembre de 2025. Con Oficio No. 011-JDSN-P-CNJ-2026 de 7 de enero de 2026, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia confirió licencia por enfermedad al Dr. Patricio

Secaira desde el 7 de enero de 2026 al 5 de febrero de 2026. Una vez que se encuentra debidamente conformado el Tribunal se procede a expedir la sentencia.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES

1.1.- El Gerente General de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, presentó su demanda ante la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contenciosos Administrativo con sede en el cantón Cuenca, en contra de la compañía consultora ASTEC, ASESORÍA TÉCNICA CÍA. LTDA., con la pretensión de que se declare el incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales asumidas por ASTEC Cía. Ltda., el correspondiente daño y perjuicio causado por dicho comportamiento culposo y el pago de intereses.

1.2.- En fallo de mayoría emitido el 8 de enero de 2020, a las 12h57, la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contenciosos Administrativo con sede en el cantón Cuenca, en adelante ^aTCAT-Cuenca^o dentro de la parte dispositiva del juicio No. 01803-2015-00142 resolvió aceptar parcialmente la demanda, declarando la responsabilidad de la compañía consultora ASTEC, ASESORÍA TÉCNICA CÍA. LTDA., en adelante ^aASTEC^o, por los perjuicios técnicos y económicos ocasionados en la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Mazar-Dudas.

1.3.- El Gerente General de la compañía consultora ASTEC, presentó recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose para el efecto en las causales primera, segunda, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, en adelante ^aLC^o.

1.4.- Con auto de 15 de julio del 2022, la Conjuenza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la compañía Compañía Consultora ASTEC ASESORIA TÉCNICA CÍA. LTDA., por la **causal primera** por los vicios de errónea interpretación de los artículos 1572 del Código Civil y 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; falta de aplicación del artículo 1574 del Código Civil. Por la **causal segunda** por la falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación; 1, 2, 3, 6 y 58-J de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 162 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; y 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; y, 76 numeral 7 literal j) de la Constitución de la República; por errónea interpretación del artículo 217 numeral 1 y 4, y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; 38 de la Ley de Modernización del Estado; 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 173

de la Constitución de la República; y, la aplicación indebida de los artículos 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por la **causal tercera** por el vicio de falta de aplicación del segundo inciso del artículo 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, y disposición 408-20 del acuerdo No. 039-CG^a normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos^o, lo que ha conllevado la errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil; y, **causal quinta** por falta de motivación

II.- COMPETENCIA

2.1.- Del acta de sorteo de 22 de noviembre de 2022 y del Oficio No. 147-SG-CNJ-2024 de fecha 8 de febrero de 2024 emitido por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, el Tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia para conocer la presente causa está integrado por Patricio Adolfo Secaira Durango, Iván Rodrigo Larco Ortuño e Hipatia Susana Ortiz Vargas; siendo entonces competentes para resolver el presente recurso de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y del artículo 1 de la LC.

2.2.- Fecha del acta de sorteo: El sorteo de rigor, para determinar la conformación de la Sala encargada del conocimiento y resolución del presente recurso de casación, ha sido efectuado el 22 de noviembre del 2022. En actas de 22 de septiembre del 2025 y 8 de octubre del 2025 se designaron Conjuetas Nacionales, para que se integren al conocimiento y decisión de la causa.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1.- Encontrándonos en estado de resolver, este Tribunal observa que en el presente recurso no se han infringido reglas sustanciales de trámite que lesionen el debido proceso, ni omisiones de solemnidades sustanciales que degeneren en una nulidad insubsanable. Así, de la revisión integral del proceso puesto a nuestro conocimiento, tampoco se ha podido identificar alguna alegación o pretensión de las partes procesales que objete o cuestione la validez de la sustanciación del presente recurso de casación. En este sentido, luego de haberse comprobado que el recurso de casación *in examine* ha sido sustanciado con apego a las normas adjetivas pertinentes, y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones a los derechos procesales, se declara su validez.

IV.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1.- La compañía accionada, por la causal segunda del artículo 3 de la LC, acusó la falta de

aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación; 1, 2, 3, 6 y 58-J de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 162 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; y 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; y, 76 numeral 7 literal j) de la Constitución de la República; por errónea interpretación del artículo 217 numeral 1 y 4, y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; 38 de la Ley de Modernización del Estado; 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 173 de la Constitución de la República; y, la aplicación indebida de los artículos 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo argumento se cita a continuación:

4.1.1.- En relación a la falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, manifiesta lo siguiente:

[...] De conformidad con lo dispuesto en el Art. 8 de la LAM planteada la excepción de existencia de cláusula arbitral, el juez debe resolverla solicitando a las partes las pruebas respecto de sus afirmaciones en relación con la existencia de dicha cláusula arbitral.

En esta línea y como ha sido sostenido a lo largo de este juicio, la competencia del juez ordinario que conoce y debe resolver la excepción de existencia de cláusula arbitral debe limitarse justamente a eso, determinar si efectivamente las partes pactaron un convenio o cláusula arbitral, con relación a la controversia. De esta manera, escapa de competencia del Tribunal a quo el posible análisis que puede realizarse respecto de la suficiencia y/o validez de dicho convenio arbitral de conformidad con los distintos requisitos planteados por la Ley para el efecto.

Este orden de ideas se compadece con el principio kompetenz-kompetenz recogido en la legislación ecuatoriana, específicamente en los Arts 7, 8 y 22 de la LAM. Este principio recogido por la doctrina y jurisprudencia tiene dos implicaciones. i) una positiva, bajo la cual el tribunal arbitral es la única autoridad que puede determinar su propia competencia y por tanto la validez y suficiencia de la cláusula, recogida expresamente en el Art. 22 de la LAM; y, ii) una negativa que impide que la competencia de los árbitros sea determinada por la justicia ordinaria, recogida expresamente en los Arts. 7 y 8 de la LAM.

El efecto negativo antes mencionado, cobra relevancia en el presente caso debido a que CELEC ha interpuesto una demanda por supuesta responsabilidad respecto de una relación contractual en la que las partes expresamente pactaron someter las posibles disputas a arbitraje.

[...]

La jurisprudencia ecuatoriana ha sido concordante con lo expuesto por la doctrina, aceptando el principio kompetenz-kompetenz establecido en el Art. 22 de la LAM en concordancia con el Art. 8 del mismo cuerpo legal. [...]

Finalmente, este tema cobra relevancia respecto del derecho constitucional a ser juzgado por la autoridad competente reconocido en el Art. 76.7(k) de la Constitución de la República del Ecuador.

Al respecto y en relación con la facultad exclusiva del tribunal arbitral de dirimir sobre su propia competencia y la obligación de los jueces ordinarios de abstenerse de tal actuación, la Corte Constitucional ha señalado que se produce una violación al derecho a ser juzgado por la autoridad competente cuando, planteada la excepción de existencia de cláusula arbitral por parte del demandado y demostrada tal existencia, el juez ordinario continúa con la tramitación de la causa y/o analiza la validez/suficiencia del convenio arbitral.

[...]

Sin perjuicio de todo lo expuesto, de considerarse que existe alguna duda respecto a la mencionada sumisión, deberá dirimir en favor del sistema arbitral, en aplicación del principio *indubio pro arbitri*, recogido de manera expresa en el Art. 7 de la LAM que expresamente establece *“En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje”*

[...]

Por lo expuesto, y tomando en cuenta que mi representada ha demostrado de manera fehaciente la existencia de cláusula arbitral y la intención de las partes de someter a disposición de un tribunal arbitral la resolución de cualquier disputa relacionada con la relación contractual consolidada antes referida, el Tribunal a quo aplicando lo establecido en los artículos 7, 8 y 22 de la LAM debía inhibirse de continuar la tramitación de la presente causa y, por lo mismo, ordenar el archivo del expediente. Sin embargo, esto no sucedió.

La falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la LAM viciaron el proceso de nulidad insubsanable pues, el Tribunal a quo, omitió derivar la competencia para resolver la presente controversia a un Tribunal Arbitral. En tal sentido, se juzgó a ASTEC por un Tribunal que no era el competente, por cuanto de conformidad con los contratos suscritos entre las partes, estos evidencian su clara intención de someter cualquier conflicto a competencia de un Tribunal Arbitral.

Es decir, no se observaron las garantías del debido proceso (juez competente) y no se respetaron ni se observaron las normas procesales correspondientes, viciando el proceso de nulidad insubsanable y generando indefensión pues un Tribunal de lo Contencioso Administrativo declaró competente, cuando claramente las partes pactaron que toda controversia sea resuelta por la jurisdicción arbitral.

De conformidad con lo establecido en el artículo 346 numeral 2 del CPC, la competencia del juzgador es una solemnidad sustancial de todos los procesos y de conformidad con el artículo 344 ibidem en caso de que en un proceso falte alguna de estas solemnidades se debe declarar la nulidad de todo el proceso.

4.1.2.- Respecto a la falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3, 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 162 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; la errónea interpretación de los artículos 217 numerales 1 y 4 y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 173 de la Constitución de la República; y, 38 de la Ley de Modernización del Estado; y, de la aplicación indebida de los artículos 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la casacionista refirió:

[...] uno de los requisitos ineludibles para que exista un juicio contencioso administrativo es un acto de la Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la LJCA [...] Por lo tanto, aplicando este artículo el TCA debía determinar, de oficio, que no es competente para conocer este juicio, pues este proceso no ha sido interpuesto por un administrado en contra de una actuación de la administración pública.

Aplicando los artículos 1, 2 3 [...] de la LCJA el Tribunal a quo debía declararse incompetente por cuanto no se cumplen ninguno de los requisitos establecidos en esta normativa que le permita tener la competencia para conocer el objeto de la controversia y peor aún de una demanda presentada por una Entidad del Estado

[...]

Cabe mencionar que de conformidad con el último inciso del artículo 162 del COFJ la competencia en razón de la materia es improrrogable. Por lo cual, pese a que las partes hayan pactado que cualquier controversia sería resuelta por un juez de una determinada materia, en caso de que dicho juez no sea competente (por razón de la materia), no podrá sustanciar el proceso y deberá remitir el juicio al juez competente.

Por lo cual, aplicando esta norma el Tribunal a quo debía declararse incompetente y remitir el

proceso a un juez de lo civil. Sin perjuicio de lo mencionado, el TCA realizando una errónea interpretación de los numerales 1 y 4 del artículo 217 COFJ y artículo 10 literal a) de la LJCA determinan que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer esta controversia

[...]

Es decir, estas normas determinan que el TCA es competente para conocer problemas: i) en contra de una actuación de la administración pública y ii) siempre y cuando esta actuación vulnere derechos de los administrados. En este sentido, no tienen competencia para conocer una demanda presentado por el Estado en contra del particular en materia contractual

De igual manera, el Tribunal a quo, realizando una errónea interpretación, determina su competencia en base al artículo 31 del COFJ y 173 de la Constitución de la República que recogen el principio de impugnabilidad de los actos administrativos. De realizar una interpretación correcta a estos artículos se puede determinar que todas las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.

Esta impugnabilidad se refiere únicamente a la facultad del administrado de presentar una demanda contenciosa administrativo en contra de un Acto de la Administración Pública, pues mal podría entenderse a este artículo como la facultad del Estado de impugnar sus propios actos ante el TCA, pues no tendría sentido, salvo el caso de la lesividad.

A su vez, el Tribunal a quo justifica su competencia en el artículo 65 de la LJCA que de ninguna manera atribuye o determina las reglas para atribuir la competencia a los jueces de lo Contencioso Administrativo, simplemente regula el tiempo en cual los administrados pueden presentar una acción en contra del Estado ante el TCA y el tiempo en el cual el Estado puede presentar una acción de lesividad. En tal sentido, esta norma está indebidamente aplicada por el Tribunal a quo para declarar su competencia en este juicio.

En virtud de lo expuesto, el TCA no es competente para conocer una demanda de incumplimiento contractual y pago de daños y perjuicios en contra de un particular, sino que está corresponde a los jueces de lo civil según lo determinado en el artículo 240 del COFJ que el Tribunal a quo omite aplicar a fin de declararse, de oficio, incompetente.

la Ley de Modernización del Estado, regula la competencia del TCA cuando un administrado

pretenda acudir ante esta jurisdicción, pues bajo el principio de autotutela de la Administración pública, las entidades del Estado no deben acudir a un Juez para realizar peticiones, salvo que se trate de un juicio de lesividad.

En cuanto a este proceso, a fin de declarar la responsabilidad de ASTEC, por los estudios elaborados, CELEC debía acudir a la jurisdicción civil conforme ha quedado ampliamente señalado.

Por otro lado, el artículo 6 de la LJCA, que el Tribunal omite aplicar en el proceso, claramente determina la incompetencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer un juicio de incumplimiento contractual y pago de daños y perjuicios cuyo actor es el Estado, cuya naturaleza es meramente civil.

[...]

Es decir, el juez natural al que todo ciudadano, empresa tiene derecho impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias, esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales, por lo cual se impide que cualquier juez conozca un asunto cuando no es competente para ello.

4.1.3.- Respecto de la falta de aplicación del artículo 58-J de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; y aplicación indebida del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la compañía casacionista manifestó:

De manera subsidiaria, en el supuesto no consentido que este Tribunal considere que la controversia no debía ser resuelta por un Tribunal Arbitral y que el TCA era competente en razón de la materia para resolver la disputa, en el presente proceso existe una violación de trámite que convella a la nulidad de todo el proceso.

El artículo 59 del Código de Procedimiento Civil determina que "Todo controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario."

[...]

En el caso que nos atañe, el Tribunal a quo cometió una grave violación procesal calificado la demanda según los requisitos del artículo 30 de la LJCA, ya que la demanda de CELEC no reúne todos los requisitos establecidos en la ley mencionada. A saber, no existe una autoridad pública demandada de quien emanó el acto administrativo que se impugna, no se ataca un acto administrativo, no señaló la reclamación administrativa que precedió a esta acción, entre otras.

La ley tampoco menciona cuál es el trámite que debe darse a un proceso de daños y perjuicios nacidos de una relación contractual como es esta. Por ello, al no ser posible seguir un trámite previsto en la LJCA, el Tribunal a quo, estaba obligado a remitirse al Código de Procedimiento Civil en aplicación del artículo 58-J de la LJCA.

Es tan importante que un proceso sea sustanciado de acuerdo con el trámite y proceso adecuado que el Art. 1014 contempla como una causal de nulidad del proceso la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando. Por lo cual aplicando este artículo el Tribunal a quo debía declarar la nulidad del proceso.

Por lo expuesto, estamos frente a una violación del trámite que influye en la decisión de la causa y que provoca la nulidad del proceso que ustedes señores Jueces deben dictaminarla de manera imperiosa e inmediata.

De lo manifestado se ha demostrado que el no sustanciarse este juicio por la vía ordinaria y "aplicase el trámite previsto por la LJCA", trámite ad hoc creado por el Tribunal a quo, por cuanto esta norma no contempla una vía o proceso para que una entidad el Estado presentada una demanda por incumplimiento contractual, causa totalmente indefensión a ASTEC y debe declararse la nulidad por este asunto, de conformidad con el ya expuesto artículo 1014 del CPC.

4.1.4.- En cuanto a la falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal j) de la Constitución de la República, la casacionista afirma que:

[...] Como medio probatorio, CELEC solicitó que se oficie a la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Azogues, provincia de Cañar, para que remita copia certificada del proceso de diligencia previa de inspección judicial N° 03333-2014-0342G, seguido por CELEC en contra de ASTEC. En dicho proceso, constan el Informe pericial presentado por el perito Cesare Covri, doctor en ingeniería civil especialidad hidráulica y el informe pericial presentado el 16 de marzo de 2015 por el perito Rodrigo Zeas, ingeniero civil especialidad en hidráulica e hidrología.

Frente a estos peritajes, ASTEC solicitó, tanto en su escrito de prueba como en reiteradas ocasiones a lo largo del proceso, una audiencia de peritos, para poder ejercer su derecho a la defensa y proceder con el interrogatorio y contrainterrogatorio de los mismos de conformidad con el mandato contenido en el artículo 76 numeral 7 literal J) de la Constitución [...]

Sin embargo, el Tribunal a quo no atendió esta solicitud pese a que por mandato

constitucional tenía que hacerlo, lo cual ha dejado en indefensión a mi representada. Es tal la indefensión con la que se ha dejado a ASTEC en este proceso que, como podrán apreciar de la simple lectura de la sentencia recurrida, el único fundamento probatorio de la misma son estos informes periciales, es decir, se imputa toda la responsabilidad a ASTEC por estos informes periciales que mi representada no tuvo la posibilidad de contradecir de forma oral a fin de que el Tribunal a quo evidencie sus yerros.

En virtud de lo expuesto se ha demostrado que, pese a que existe una norma clara que determina la obligación de todo perito de comparecer ante el juez y defender su testimonio de forma oral, lo que por simple lógica conlleva a la obligación de los juzgadores de convocar a las partes a una audiencia o diligencia para que se lleve a cabo esta defensa, el Tribunal a quo, ha negado esta posibilidad a mi representada de manera arbitraria y de forma clara en violación a a norma antes citada.

Este hecho limitó las posibilidades de defensa de ASTEC respecto de los informes periciales que se presentaron en este proceso, lo cual la dejó en indefensión de manera evidente, agravando el hecho de que estos informes son el único fundamento probatorio de la sentencia ahora recurrida.

4.2.- Por la causal tercera del artículo 3 de la LC, se acusa la falta de aplicación del segundo inciso del artículo 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, y disposición 408-20 del Acuerdo No. 039-CG^a normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos^o, lo que ha conllevado la errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil y con el propósito de fundamentar el cargo casacional invocado, la casacionista ha propuesto la siguiente fundamentación:

Lo que sucede es que el tribunal simplemente no valoró TODAS las pruebas agregadas al proceso como era su obligación de acuerdo a las normas jurídicas vigentes, con lo cual se genero violación expresa, por falta de aplicación, del segundo inciso del artículo 115 del CPC [...]

A manera de síntesis, y para que el H. Tribunal de Casación pueda apreciar en su conjunto el deficiente o inexistente ejercicio de valoración de la prueba que consta del expediente, a continuación, resumimos las pruebas más relevantes para demostrar que ASTEC no es culpable por la inviabilidad del proyecto hidroeléctrico, no controvertida y que constan del proceso, junto con el detalle de su actuación y que evidencia que los daños fueron ocasionados por CNEEC CELEC. Ninguno de estos elementos probatorios fueron analizados

por el tribunal: [...]

[...]. Indudablemente, si el tribunal hubiere valorado todas las pruebas aportadas al proceso, no hubiere concluido: i) que el proyecto fue elaborado únicamente en base a los diseños elaborados por ASTEC (pues se evidencia que existieron modificaciones) ii) el proyecto fue inviable debido a los diseños de ASTEC (por existen actos de CELEC y CNEEC que igual lo hicieron inviable) y iii) ASTEC es 100% responsable de la inviabilidad del proyecto por cuando existen errores tanto de CELEC como de CNEEC en la construcción del mismo.

Lo anterior provocó que el tribunal realice una errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil y determine un nexo causal directo entre el supuesto incumplimiento contractual de ASTEC y los daños provocados (inviabilidad del proyecto), cuando el mismo no existe y por ende ASTEC no puede ser responsable por los daños ocasionados

[...]

En virtud del artículo 117 del CPC todas las pruebas presentadas por las partes procesales deben ser practicadas a fin de que el Tribunal pueda tener una correcta valoración de las mismas.

Durante la etapa probatoria mi representada solicitó que CELEC remita al proceso: 1) La totalidad de las comunicaciones cruzadas entre la entidad contratante, el contratista y el fiscalizador del contrato desde el inicio del proyecto y 2) La totalidad de los libros de obra del Proyecto Hidroeléctrico Mazar-Dudas. Este pedido de prueba fue calificado y admitido por el Tribunal mediante providencia de 15 de junio de 2016, a las 8h11 y CELEC remitió información parcial

A fin de evidenciar esto, CELEC en su escrito presentado el 10 de enero de 2019, hizo referencia a que **NO** había remitido toda la información solicitada por ASTEC en relación a la totalidad de las comunicaciones cruzadas entre la entidad contratante, el contratista y el fiscalizador del contrato desde el inicio del proyecto y la totalidad de los libros de obra del Proyecto Hidroeléctrico Mazar-Dudas. A este escrito adjunto pocos oficios, omitiendo enviar los libros de obra.

Estos libros de obra y comunicaciones entre las instituciones antes mencionadas demostraran que no es imputable a ASTEC las fallas que tuvieron todos los agentes que se encontraban en la fase de construcción el proyecto mencionado, al realizar cambios a su arbitrio que perjudicarían la viabilidad de dicho proyecto. Por lo tanto, señores Jueces, la práctica

completa de esta prueba es crucial para el presente caso.

[...]

De conformidad con la disposición 408-20 del acuerdo Nro. 039-CG "normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos" emitido por la Contraloría General del Estado publicada en el registro oficial Suplemento - Nro. 87 de 14 de diciembre del 2009, la única prueba que puede demostrar la forma de construcción de un proyecto son los libros de obra.

[...]

Esta omisión respecto de la práctica de la prueba derivó en una falta de aplicación del artículo 117 del CPC, falta de aplicación de la disposición 408-20 del acuerdo Nro. 039-CG "normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos" y por ende en una indebida interpretación del artículo 1572 del Código Civil para determinar la responsabilidad de ASTEC.

4.3.- Invocando la causal quinta del artículo 3 de la LC, la recurrente señala que:

[...] la sentencia impugnada no satisface el test de motivación desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al incumplir con los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. No obstante, es importante aclarar que la Corte Constitucional ha señalado que estos requisitos no son concurrentes, es decir, bastará que uno de ellos no se haya cumplido para determinar que la sentencia carece de motivación y, por tanto, vulnera el derecho al debido proceso.

Incumplimiento del requisito de razonabilidad

No es posible que en una sentencia de sesenta páginas únicamente se citen unos pocos autores cuyas opiniones, como se dijo antes, no constituyen la última palabra en la aplicación del Derecho y no son aplicables a la realidad ecuatoriana, y mucho menos satisfacen el requisito de motivación de las decisiones de los poderes públicos, y unas pocas normas de derecho, de las cuales varias son meramente enunciadas (no explicadas), lo cual contraviene los requisitos de motivación.

Al respecto, la doctrina ha indicado que la motivación debe contener un adecuado ejercicio de

aplicación del derecho vigente, de forma que se enlace a los hechos para obtener como conclusión una consecuencia jurídica. La mera invocación de normas no satisface el requisito de motivación en lo relativo a la razonabilidad:

[...]

Así, ha quedado demostrado que el Tribunal ha tomado una decisión sin mediar normas jurídicas en la mayoría de los casos. Es decir, ni siquiera se llegó a conclusiones invocando normas incorrectas o inaplicables, sino que estas ni siquiera fueron mencionadas, lo cual cuenta del nivel de arbitrariedad de la resolución del Tribunal.

Incumplimiento del requisito de lógica

En este caso concreto, el Tribunal incumplió en su sentencia con el requisito de lógica debido a que sus razonamientos no contienen premisas normativas ni fácticas que justifiquen sus conclusiones. Es más, los argumentos del Tribunal adolecen de falacias y saltos lógicos que resultan en una decisión arbitraria y que carece de sustento. De hecho, adopta posturas contradictorias en varias ocasiones [...]

Es decir, el ejercicio de motivación del Tribunal, en realidad, constituyó una mera enumeración de las razones que llevaron a CELEC a demandar, sin explicar los motivos por los cuales el derecho le asistía, sin contrastar lo alegado por CELEC con las alegaciones fácticas y jurídicas de ASTEC, y lo más importante: sin verificar si las pretensiones de CELEC tienen verdadero asidero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Incumplimiento del requisito de comprensibilidad

[...] debido al incumplimiento de los requisitos de razonabilidad y de lógica, la sentencia deviene en incomprensible, pues al no estar los argumentos contruidos sobre la base de normas jurídicas legales y constitucionales y al contener estos saltos lógicos importantes, las conclusiones a las que llega el Tribunal carecen completamente de sentido

En conclusión, no se cumple el test de motivación establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puesto que la sentencia impugnada incumple con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Así, la sentencia impugnada violó los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación, reconocidos en los artículos 75 y 76. numeral 7, literal I, de la Constitución de la República.

4.4.- Bajo la causal primera del artículo 3 de la LC, la casacionista, acusa los siguientes vicios:

4.4.1.- La errónea interpretación de los artículos 1572 del Código Civil, y al respecto señala:

[...] Sin perjuicio de que la aplicación del artículo 1572 a la controversia era correcta, el Tribunal no le da el alcance y sentido adecuado, pues este artículo determina que solo se es responsable del daño cuando este es producido directamente por el incumplimiento del contrato. En el presente caso, el nexo causal, no es directa, pues en la sentencia recunda se acepta que existieron modificaciones a los diseños de ASTEC tanto por CELEC como por CNEEC in cael rompe el nexo de causalidad.

Esta errónea interpretación fue determinante en la sentencia, pues de haberse hecho una interpretación correcta el resultado obvio era determinar que, por cuanto existen factores externos que repercutieron en la no viabilidad del proyecto, no existe un nexo causal a los daños y perjuicios no se derivan directamente del incumplimiento contractual y por ende no se quede determinar la responsabilidad de ASTEC.

4.4.2.- Alega también la errónea interpretación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; manifestando:

El Tribunal a quo, realiza una errónea interpretación e imputa la responsabilidad a ASTEC de conformidad con el artículo 23 de la LOSNCP por no contar con los diseños completos, previo a la contratación de la empresa CNEEC para la construcción del proyecto. En este punto, no tiene sentido que sea responsabilidad de ASTEC tener los diseños completos y definitivos para un proceso contractual en el cual no participa y ni siquiera puede tener voz y voto sobre que contratista es adjudicada la obra.

A través de la simple interpretación correcta de este artículo, el Tribunal a quo hubiese llegado a la simple deducción de que, por cuanto CELEC no cumplió con su obligación de tener diseños definitivos y actualizados de la obra a construirse es responsable de los daños ocasionados, por su omisión de contar con esta información, liberando a ASTEC de toda responsabilidad.

Esta interpretación es por más influyente en la decisión de la causa, pues el TCA haciendo una incorrecta interpretación del artículo 23 de la LOSNCP condena a ASTEC al pago de daños y perjuicios, cuando claramente no es su obligación.

4.4.3.- La falta de aplicación del artículo 1574 del Código Civil, fue acusada con la siguiente proposición:

[...] En conclusión, la prestación contractual delimita el marco de los perjuicios, no pudiendo ellos desbordar los beneficios que para el acreedor representa el contrato expresado en la prestación. No existe causalidad previsible fuera del provecho que el acreedor procuraba alcanzar con la ejecución de la prestación por parte del deudor, siendo arbitrario que reclame una indemnización millonaria. En el peor de los casos, ASTEC respondería únicamente hasta un valor aproximado de US\$950.000,00 que serviría para contratar a un nuevo consultor.

En virtud de lo expuesto, si el Tribunal a quo hubiese aplicado el artículo 1574 del Código Civil, normativa totalmente aplicable al caso, debía determinar que por cuanto se imputa culpa al deudor, éste sólo puede responder por los daños previsibles a la fecha de firma del contrato, que en el peor de los casos como se mencionó sería de US\$950.000,00, lo cual claramente puede influir en la decisión de la causa.

El no delimitar el daño máximo indemnizable y omitir aplicar este artículo, a fin de condenar al pago de todos los daños tanto los previsibles como los imprevisibles influye de manera sorprendente en la sentencia y en el valor que ASTEC, en el supuesto que se la considere culpable, debe pagar por indemnización de perjuicios.

V.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

5.1.- Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso de casación y del auto de admisión emitido por la Conjuenza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, este Tribunal advierte que el cargo a resolver está vinculado con las causales primera, segunda, tercera y quinta del artículo 3 de la LC. Sólo en el caso de ser casada la sentencia impugnada, se dictará la sentencia de mérito que en Derecho corresponda, sin que, la ausencia de resolución sobre el fondo del asunto con argumentos válidos y suficientes sea considerado un menoscabo al principio de tutela judicial efectiva conforme lo ha señalado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 1433-13-EP/19 y 255-19-EP/23.

VI.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

CASO SEGUNDO: APLICACIÓN INDEBIDA, FALTA DE APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES, CUANDO HAYAN VICIADO EL PROCESO DE NULIDAD INSANABLE O PROVOCADO INDEFENSIÓN, SIEMPRE QUE HUBIERE INFLUIDO EN LA DECISIÓN DE LA CAUSA Y QUE LA RESPECTIVA NULIDAD NO HUBIERE QUEDADO CONVALIDADA LEGALMENTE:

6.1.- La acusación casacional por el caso segundo de la LC, es aquella que la doctrina y la jurisprudencia la ha denominado como un error *“juris in procedendo”*, su objetivo constituye proteger las leyes del procedimiento, tanto en lo relacionado a la tramitación de la causa, como las que se refieren al pronunciamiento del fallo; por tanto, el control de legalidad que se ejerce sobre la sentencia impugnada tiende a garantizar la tutela del orden jurídico y el debido proceso.

6.2.- El vicio acusado por la casacionista es la **falta de aplicación** el cual ha sido definido como aquella infracción normativa, mediante la cual se desconocen de manera franca las propiedades de un enunciado jurídico, esto es, su vigencia, validez y eficacia. La **errónea interpretación**, está relacionada con una circunstancia hermenéutica al darle contenido a un enunciado normativo para aplicarlo a un caso en concreto, dicho yerro se patentiza cuando al enunciado normativo no se le otorga un sentido plausible, se contraviene su interpretación autorizada, o se le da un alcance que no puede tener la norma; y la **indebida aplicación** hace referencia a que las normas han sido entendidas rectamente en su alcance y significado, pero el juzgador la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla.

6.3.- A fin de dar trámite a este cargo, la Sala de Casación deberá verificar: **(i)** primero, que exista una infracción a una norma procesal, por su falta o indebida aplicación, o su errónea interpretación; **(ii)** segundo, que (ii.a) la infracción se haya acontecido durante la tramitación del proceso jurisdiccional y se adecue a alguno de los supuestos que la normativa procesal ha sancionado con la nulidad, sin que haya sido subsanada o convalidada, o, (ii.b.) bien haya significado una violación del derecho al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa de las partes. Y, como último punto, se revisará que, **(iii)** la infracción haya tenido algún tipo de repercusión negativa para el casacionista ~~agravio~~- en lo referente a la manera en que fue resuelta la sentencia o auto definitivo que se recurre. En caso de que no se cumplan con alguno de estos elementos, el cargo deberá ser rechazado.

6.4.- Sobre el primer elemento es importante señalar que debemos identificar si estamos frente a una disposición de orden procesal - adjetiva que forma parte de los elementos de la tutela judicial efectiva que a la vez está integrado por ^a i) el derecho al acceso a la administración de justicia; ii) el derecho a un debido proceso judicial; y iii) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión^o, aquello implica que este tipo de normas se delimitan como el conjunto de garantías (entre ellas las propias e impropias) con las que cuenta el sujeto de la relación jurídica para llevar un proceso debido.

6.5.- Ahora bien, nos referiremos a la acusación de falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante ^aLAM^o; al respecto y conforme lo citado en el numeral

4.1.1, *ut supra*, esta Sala Especializada puede identificar que el casacionista alega que una vez que se ha planteado la excepción de existencia de cláusula arbitral, los juzgadores de instancia debieron limitarse a determinar si efectivamente las partes pactaron un convenio o cláusula arbitral, en esa medida, para el casacionista escapa de la competencia del Tribunal *a quo* el análisis de la validez o suficiencia de la cláusula arbitral, ya que ésto se compadece con el principio kompetenz-kompetenz lo cual implica que el tribunal arbitral es la única autoridad que puede determinar su propia competencia y por tanto la validez y suficiencia de la cláusula arbitral, en ese sentido afirma que de haber aplicado los artículos 7, 8 y 22 de la LAM, el TDCA-Cuenca se habría inhibido de continuar con la tramitación de la causa ordenando el archivo del expediente. Manifiesta además la casacionista que, al haber sido juzgada por un tribunal que no era el competente se inobservaron las garantías del debido proceso viciando la causa de nulidad insubsanable, debiendo declarar la nulidad del proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 344 y 346 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, en adelante CPC.

6.6.- Resulta adecuado precisar que en sede casacional, para que sea procedente un cargo vinculado con normas procesales, el recurrente tiene la carga de detallar de manera concreta, individualizada y específica cómo aquella situación afirmada, se adecua a una de las causales de nulidad determinada previamente en el ordenamiento jurídico; y, de qué manera sus derechos se vieron anulados, restringidos o limitados en su reconocimiento o ejercicio que tendría la potencialidad suficiente para hacer variar o modificar de manera relevante el devenir procesal de la causa, como por ejemplo, se impidió el ejercicio de derechos constitucionales o se juzgue por autoridad incompetente, o la forma en que se le habría vulnerado los derechos así como provocado indefensión, o en último de los casos, que se afectó la imparcialidad, independencia o igualdad.

6.7.- De autos se verifica que la entidad accionada interpone la excepción de incompetencia por existencia de cláusula arbitral, la cual fue resuelta por el Tribunal de instancia mediante el auto de 11 de marzo de 2016, a las 08h21 y cuya resolución fue transcrita en la sentencia que se impugna:

[...] Estando pendiente resolver el incidente sumario sobre la excepción deducida respecto a la incompetencia de este Tribunal por la existencia de cláusula arbitral; una vez realizada la Audiencia solicitada; este Tribunal considera: UNO: Consta del contrato principal de asesoría suscrito entre las partes procesales, en su cláusula trigésima primera: ^a ¼ Para la solución de cualquier controversia, disputa o reclamo que se origine del presente CONTRATO, HIDROAZOGUES S.A. y la CONSULTORA convienen en someterse a la Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial Número ciento cuarenta y cinco (145), de cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y siete, y al procedimiento de Mediación en

el Centro de Mediación de la Universidad Católica de Cuenca Extensión Azogues de persistir las controversias, se sujetarán a los procedimientos establecidos de la ley. HIDROAZOGUES S.A. y LA CONSULTORA, se someterán a los procedimientos ante el Tribunal Contencioso Administrativo Número tres (3) de la ciudad de Cuenca, con jurisdicción en nuestra ciudad y conforme lo señala el artículo ciento sesenta y cuatro (164) del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.º DOS: Consta de la cláusula vigésima tercera del segundo contrato adicional, la existencia de una cláusula arbitral es aún más evidente. º 23.01 Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues. Mediación: toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues en el evento del que el conflicto no fuere resuelto mediante este procedimiento, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas: º 23.02 Si respecto de la divergencia o divergencias existentes no existiere acuerdo las partes deciden someterlas al procedimiento en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en este caso, será competente para conocer la controversia el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público; y, respecto de las entidades de derecho privado éstas recurrirán ante la justicia ordinaria.º. TRES: Consta de la cláusula 23.01 del Tercer Contrato Adicional: º 23.01.- Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues. (¼)º. CUATRO: Consta de la cláusula Vigésima Segunda del Cuarto Contrato Adicional: º Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar la mediación para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Función Judicial del Cañar¼ º CINCO: El artículo 190 de la Constitución vigente reconoce el arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos y específicamente en contratación pública procede el arbitraje en Derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, por lo tanto, este Tribunal considera que dicho informe se lo debe solicitar al momento de someterse a este procedimiento, no a la firma del contrato, porque esto sería volver a procedimientos anteriores a los de la LOSNCP. En los diferentes contratos suscritos

las partes señalan el camino para superar las diferencias, y si estas no se subsanan mal puede por interés de dilatar el proceso, invocar una causal que puede o no atenderse, tal como lo dispone la LOSNCP.- SEIS: Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.- Del análisis de los contratos adjuntados al proceso se determina que en el presente caso las partes acordaron que de existir diferencias, las partes ^a podrán utilizar^o es decir que no pactaron la utilización obligatoria de procesos de mediación y arbitraje en derecho para solucionar sus diferencias, aclarando además que se acordó que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el presente caso las partes y conforme así se desprende de la revisión de la causa concuerdan, en el primer contrato, el principal, someter su divergencia a los procedimientos de mediación; que, al no obtener un acuerdo, cualquiera de las partes podía demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme lo acordado en el contrato. Habiéndose concurrido a la mediación y no llegado a un acuerdo, la propia cláusula disponía se acuda ante este Tribunal Contencioso Administrativo. Los demás contratos adicionales, al establecer la discrecionalidad al momento de acudir a la justicia voluntaria o a la ordinaria, no supone que aquello merezca ser motivo de inhibición por parte de este Tribunal si una de las partes ha optado por concurrir a esta Jurisdicción. En conclusión, este Tribunal de la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca es competente para conocer la presente causa en virtud a lo prescrito en los artículos 75 y 173 de la Constitución de la República del Ecuador; el artículo 217 numerales 1 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado; el literal a) del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 105 de la LOSNCP y artículo 163 de su Reglamento General, de manera que tiene asegurada la competencia para conocer la acción planteada. Por los antecedentes antes descritos, y en razón de lo analizado se niega la excepción de incompetencia de este Tribunal, declarándose, por lo tanto, competente para conocer y resolver la presente causa y se dispone la consecución del trámite previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Hágase saber.-^o A esto se suma el criterio del Tribunal, de que los contratos siguientes al principal suscritos entre CELEC EP y ASTEC, la cláusula de arbitraje no se activa, en virtud de que sus objetos nunca estuvieron en discusión; más bien su utilidad y

pertinencia se evidencian en la necesidad de contar con información que el contrato principal no contenía; por lo que no cabe atender esta situación dentro de la presente causa. En base a los razonamientos expuestos se asegura la competencia de este Tribunal y se niega esta excepción.-

6.8.- De lo citado se puede identificar que para el análisis de la excepción de ^a incompetencia por la existencia de compromiso arbitral^o, el TCAT-Cuenca después de analizar las cláusulas de solución de controversias del contrato principal y de los contratos adicionales infiere que las partes han acordado solucionar sus controversias a través de la mediación y el arbitraje, manifestando al respecto que ^a Del análisis de los contratos adjuntados al proceso se determina que en el presente caso las partes acordaron que de existir diferencias, las partes ^a podrán utilizar^o es decir que no pactaron la utilización obligatoria de procesos de mediación y arbitraje en derecho para solucionar sus diferencias.^o En ese contexto, y continuando con el análisis los juzgadores de instancia manifestaron que en el primer contrato, las partes acordaron someter sus divergencias al procedimiento de mediación y de no obtener acuerdo, cualquiera de las partes podían demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, más adelante afirma el TDCA-Cuenca que los demás contratos adicionales establecen discrecionalidad al momento de acudir a la justicia voluntaria o a la ordinaria, por lo que si una de las partes ha optado por concurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, a decir del referido Tribunal ^a no supone que aquello merezca ser motivo de inhibición.^o Adicional a ello, manifiestan ^a la cláusula de arbitraje no se activa^o, en virtud de que los objetos de los contratos adicionales ^a nunca estuvieron en discusión; [...] por lo que no cabe atender esta situación dentro de la presente causa^o

6.9.- Ahora bien, los artículos 7, 8 y 22 de la LAM, cuya falta de aplicación es acusada por la casacionista establecen:

Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al

órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral. Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

6.10- Corresponde entonces, analizar las cláusulas contractuales en cuestión, las cuales establecen:

6.10.1.- La cláusula Trigésima Primera del contrato principal celebrado el 26 de febrero de 2009 establece:

TRIGÉSIMA PRIMERA: DOMICILIO, JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS [...] Para la solución de cualquier controversia, disputa o reclamo que se origine del presente CONTRATO, HIDROAZOGUES S.A. y LA CONSULTORA convienen en someterse a la Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial Número ciento cuarenta y cinco (145), de cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y siete, y al procedimiento de Mediación en el Centro de Mediación de la Universidad Católica de Cuenca-Extensión Azogues de persistir las controversias, se sujetarán a los procedimientos establecidos de la ley. [...]

6.10.2.- En el Segundo Contrato Adicional, suscrito el 13 de diciembre del 2012, en la Cláusula Vigésima Tercera, las partes acuerdan:

VIGÉSIMA TERCERA: DIVERGENCIAS Y CONTROVERSIAS

23.01 Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues.

Mediación: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de la Universidad Católica de Cuenca sede Azogues, en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este procedimiento, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

23.02 Si respecto de la divergencia o divergencias existentes no existiere acuerdo. las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en este caso, será competente para conocer la controversia el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público; y, respecto de las entidades de derecho privado estas recurrirán ante la justicia ordinaria.

6.10.3.- En el Tercer Contrato Adicional suscrito el 20 de septiembre del 2013, las partes convinieron en la Cláusula Vigésima Tercera, en lo siguiente:

VIGÉSIMA TERCERA: DIVERGENCIAS Y CONTROVERSIAS

23.01.- Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues.

23.02.- En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación, e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:

Mediación, Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de la

Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este procedimiento, **las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:**

Arbitraje:

1. El arbitraje será en Derecho;
2. Las partes se someten al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues,
3. Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues:
4. El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y el Reglamento del Centro de la Universidad Católica de Cuenca Sede Azogues;
5. Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro:
6. Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria;
7. La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación,
- 8 La sede del arbitraje es la ciudad de Azogues, y.
9. El idioma del arbitraje será el Castellano
10. El término para expedir el laudo arbitral será de máximo 90 días, contados desde el momento de la posesión del (los) árbitro (s).

23.02 Si respecto de la divergencia o divergencias existentes no existiere acuerdo, las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de conocer la controversia el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en este caso será competente para ejercer jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público, y respecto de las entidades de derecho privado éstas recurrirán ante

la justicia ordinaria. [...]

6.11.- Del contrato principal de consultoría y sus contratos complementarios esta Sala Especializada verifica la intención de los contratantes de someter sus divergencias y controversias a los métodos alternativos de solución de conflictos; así, en el primer contrato acuerdan someterse a la mediación; en el segundo contrato complementario además de la mediación convienen en el arbitraje; y, en el tercer contrato complementario estipularon con mayor detalle las reglas para someterse a la mediación y el arbitraje, tan es así, que en el último contrato en referencia las partes convinieron en lo que se conoce como *cláusula arbitral escalonada o cláusula multinivel*, entendiéndose como tal, a la cláusula arbitral combinada con estipulaciones propias de otros tipos de métodos alternativos de solución de conflictos, que buscan proveer escenarios y etapas iniciales y previas al arbitraje menos formales y autocompositivas.¹ Siendo así, resulta evidente que las partes acordaron someter las disputas derivadas de la relación contractual a los métodos alternativos, comprometiéndose someter de manera imperativa a mediación y en caso de que la disputa no se solucione en ese mecanismo, se someterán a arbitraje.

6.12.- Al respecto, el artículo 7 de la LAM establece que cuando las partes han acordado someter a arbitraje sus controversias, la autoridad jurisdiccional deberá inhibirse de conocer la demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado. La referida norma establece también que aún en caso de duda sobre la validez del acuerdo de arbitraje, el órgano judicial respectivo ^a debe declinar su competencia para que un tribunal arbitral pueda conocer el caso,^o² esto en aplicación del principio jurídico *In dubio pro arbitri*. En ese sentido, al juez ordinario le corresponde únicamente ^a determinar si la materia de la *litis* se enmarca en el objeto del convenio o no, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje [...] recogido y en los artículos 7 y 8 de la LAM^o.³

6.13.- La Corte Constitucional ha reconocido que la celebración de un convenio arbitral tiene dos efectos principales, el primero es un efecto positivo que dota a los árbitros la potestad exclusiva para pronunciarse de su propia competencia, lo cual se conoce como principio *kompetenz-kompetenz*, misma que se encuentra regulada en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y, el segundo, que conlleva un efecto negativo, que es la imposibilidad de las partes de someter la controversia a conocimiento de la justicia ordinaria, siendo así, cuando se verifique la sola existencia de un convenio

¹ Bernal Gutiérrez, R., Puyo Posada, E., González Arrieta, F., Quiroga, A., Torres Martínez, R. A. F., Gaitán Rodríguez, I. V., Espinosa Barrero, L., Peralta Fajardo, L. A., Munar Gordillo, M. A., Restrepo Viña, M. del P., Martínez Espinoza, M. E., Hasbun Abudinen, S. M., & Romero Chacín, V. (2012). Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia. *Arbitraje*, 5(1); pág. 171. <https://revistascientificas.uspceu.com/arbitraje/article/view/2494>

² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1754-18-EP/23, 13 de agosto de 2023, párr. 30.

³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1758-15-EP/20, 25 de noviembre de 2020, párr. 43.

arbitral, los jueces ordinarios deberán inhibirse de conocer la demanda,⁴ ordenando su archivo conforme lo establecido en el artículo 8 de la LAM y remitiendo a las partes a arbitraje.

6.14.- Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia No. 1758-15-EP/20 de 25 de noviembre de 2020, en el párrafo 43 señaló lo siguiente:

43.- La potestad de pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral, así como su alcance, está reservada exclusivamente a los árbitros o tribunales arbitrales, en virtud del principio kompetenz-kompetenz, recogido en el artículo 22 de la LAM. En este sentido, cuando un juez conoce y resuelve la excepción de convenio arbitral, no le corresponde entrar a pronunciarse sobre el convenio en sí mismo (alcance y validez), sino únicamente determinar si la materia de la litis se enmarca en el objeto del convenio o no, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje, bajo el principio in dubio pro arbitri, recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM

6.15.- En tal sentido, y de conformidad con el artículo 22 de la LAM, el tribunal de arbitraje resolverá sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación que se realizará una vez que se constituya el tribunal de arbitraje, sobre este aspecto, la referida Corte Constitucional, en la sentencia No. 2520-18-EP/23 de 24 de mayo de 2023, en el párrafo 37 manifestó:

37. De acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, un tribunal de arbitraje debe pronunciarse sobre su competencia para conocer el arbitraje en la audiencia de sustanciación. En esta etapa procesal, los árbitros evalúan si son competentes a través de una valoración de la existencia y validez del convenio arbitral, en razón de:

(i) La *arbitrabilidad objetiva* o competencia *rationae materiae*, que refiere a si la disputa es susceptible de transigir ±según el derecho sustantivo± y si está comprendida dentro del alcance del convenio arbitral; y

(ii) La *arbitrabilidad subjetiva* o competencia *rationae personae*, que tiene por objeto verificar si existe un consentimiento expreso de las partes para llevar a arbitraje una disputa, de forma que la renuncia a la jurisdicción ordinaria se desprenda de la voluntad de las partes.

6.16.- Por otro lado, el principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 1561 del Código Civil refiere que los pactos han de cumplirse; en ese sentido, este principio descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se acuerda libre y voluntariamente por lo que exige que el contrato sea ejecutado tal y como fue concebido, es decir, las obligaciones contractuales estipuladas por voluntad

⁴ ibídem, párr. 26 y 27.

de las partes, en la que establecen sus propias normas con el fin de satisfacer sus necesidades, tiene un vínculo obligacional de inevitable cumplimiento.

6.17.- Debiendo precisar que en un contrato de consultoría, como lo es el caso que nos ocupa, las cláusulas para solucionar controversias a través de métodos alternativos son accidentales pues no se entienden incorporadas en su contenido -ni por su esencia o naturaleza- sin un pacto voluntario y expreso, de conformidad con los artículos 104 y 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

6.18.- Ahora bien, de la revisión del proceso este Tribunal de casación advierte que la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP pretende se declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato HAZOG-02-20082 de Servicios de Consultoría y sus contratos complementarios. Al respecto, la compañía consultora ASTEC, ASESORÍA TÉCNICA CÍA. LTDA. alegó la excepción de incompetencia por existir cláusula arbitral. En su análisis, el Tribunal de instancia, identifica que en el contrato principal se conviene únicamente como método alternativo a la mediación, y que en el segundo y tercer contrato complementarios consta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. En esa medida, el TDCA-Cuenca a pesar de haber verificado que en el segundo y tercer contrato complementario, efectivamente existía un convenio arbitral, decidió pronunciarse de su alcance y validez, llegando a la inferencia de que es competente para conocer la causa, señalando:

[...] las partes acordaron que de existir diferencias, las partes ^a podrán utilizar^o es decir que no pactaron la utilización obligatoria de procesos de mediación y arbitraje en derecho para solucionar sus diferencias, aclarando además que se acordó que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [...] la cláusula de arbitraje no se activa, en virtud de que sus objetos nunca estuvieron en discusión; más bien su utilidad y pertinencia se evidencian en la necesidad de contar con información que el contrato principal no contenía; por lo que no cabe atender esta situación dentro de la presente causa.

6.19.- En tal sentido, el Tribunal de instancia en su pronunciamiento, no tomó en cuenta que de conformidad a los artículos 7 y 8 de la LAM, la autoridad jurisdiccional que conoce y resuelve la excepción de incompetencia por existencia de un convenio arbitral, no le corresponde entrar a pronunciarse sobre el convenio en sí mismo⁵, y que el deber del juez ordinario es declararse

⁵ Ibídem, párr. 29.

incompetente ordenar el archivo de la demanda y remitir a las partes a arbitraje ^a para que un tribunal arbitral pueda conocer el caso,⁶ toda vez que, por el principio *kompetenz-kompetenz*, los árbitros, ^a son los únicos autorizados para juzgar sobre la validez, alcance y eficacia de un convenio arbitral,^{o 7} de conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la LAM.

6.20.- De tal manera que, al haber los juzgadores de instancia decidido pronunciarse, sin competencia, sobre la validez y alcance del convenio arbitral acordado entre las partes procesales, se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía a ser juzgado por un juez competente establecido en el artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República, toda vez que bajo la LAM esta potestad le corresponde exclusivamente al tribunal arbitral. En consecuencia, al haberse omitido la solemnidad sustancial establecida en el artículo 346 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil se ha viciado la causa de una nulidad insubsanable por lo que se declara la nulidad del proceso conforme lo dispuesto en el artículo 344 del Código *ibídem*.

6.21.- De las referidas consideraciones, esta Sala Especializada de casación verifica la la falta de aplicación de los los artículo 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación y el cumplimiento con los requisitos correspondientes así como su trascendencia; por consiguiente se acepta el recurso de casación por este extremo; precisando que, por los efectos de la procedencia del recurso, no es necesario estudiar los otros cargos acusados, puesto que se está ya casando la decisión, particular que transforma en ineficaz el revisar las otras causales admitidas a trámite.

VII.- DECISIÓN

7.1.- Por las consideraciones expuestas, la 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**, resuelve:

7.2.- Aceptar el recurso de casación interpuesto por el Gerente General de la compañía consultora ASTEC, ASESORÍA TÉCNICA CÍA. LTDA. por el caso segundo del artículo 3 de la LC;

7.3.- Casar la sentencia dictada el 8 de ene ro de 2020, a las 12h57, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contenciosos Administrativo con sede en el cantón Cuenca, dentro del juicio No. 01803-2015-00142.-

⁶*Ibídem* párr. 30.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2520-18-EP/23, 24 de mayo de 2023, párr. 36.

7.4.- En virtud del inciso segundo del artículo 16 de la Ley de Casación se declara la nulidad procesal desde el auto de 11 de marzo de 2016, a las 08h21, esto es a fojas cinco mil ochocientos ochenta y uno, por lo que se dispone que previo al sorteo de Ley, un nuevo Tribunal continúe con la sustanciación de la causa conforme lo establecido en la presente sentencia. Sin costas.-

Esta Sala Especializada acepta el recurso de casación presentado por la parte accionada por la causal segunda por el vicio de falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la LAM, al haberse verificado que los juzgadores de instancia se pronunciaron sobre la validez y alcance del convenio arbitral acordado entre las partes procesales, sin competencia para ello, toda vez que bajo la LAM esta potestad le corresponde exclusivamente al tribunal arbitral.

DR. IVÁN LARCO ORTUÑO

CONJUEZ NACIONAL

ALVARADO CORDOVA MARCY RODELY

CONJUEZA NACIONAL

MUÑOZ VACA KATTY MISHEL

CONJUEZ NACIONAL

DR. PATRICIO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA

JUEZA NACIONAL

VOTO SALVADO

VELASTEGUI AYALA XIMENA DEL ROCIO

JUEZA NACIONAL

VOTO SALVADO

**VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DR.
PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO**

Juez Ponente: DR. PATRICIO SECAIRA DURANGO

Causa No.01803-2015-00142

En el presente caso se resolvió rechazar el recurso de casación; por cuanto, la compañía casacionista no justificó los vicios alegados a través de la causal primera, segunda, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, toda vez que, se determinó la competencia del Tribunal de instancia para conocer la causa, de los argumentos vertidos en cada una de las causales se refiere a argumentos subsidiarios, además que se encuentran encaminados a la valoración de hechos y de elementos de prueba que ya fueron analizados por el Tribunal de instancia, pretendiendo también que se realice una corrección de los fundamentos constantes en la sentencia impugnada.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Partes procesales del juicio de instancia:

Accionante: CELEC EP

Demandados: EMPRESA CONSULTORA ASTEC

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

VISTOS: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformada mediante el respectivo sorteo, por los jueces nacionales:

a) Dr. Patricio Secaira Durango, quien ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia;

b) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, Conoce del recurso de casación en virtud de que fue designado como Conjuez de la Corte Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado de la Sala Especializada Contencioso Administrativo, pero dicho encargo culminó con Acción de Personal No. 1384-UATH-2025 en la que además se reincorpora a la función de Conjuez Titular de la referida Sala;

c) Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas, quien ha sido llamada a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en calidad de Jueza Nacional, en reemplazo del Dr. Fabián Racines Garrido, mediante Oficio No. 147-SG.CNJ-2024, de 8 de febrero del 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y acción de personal 0487-DNTH-2024-JV de 19 de febrero de 2024. el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

d) A fojas 107 del expediente casacional se verifica que con fecha 26 de abril del 2023 se llevó a cabo la audiencia en estrados dispuesta en providencia de 20 de abril del 2023, con la presencia de los doctores Patricio Secaira Durango, Iván Larco Ortuño y Fabián Patricio Racines, actualmente, como se mencionó en el párrafo anterior la Dra. Hipatia Ortiz actúa en calidad de Jueza Nacional.

e) Con fecha 18 de septiembre del 2025, el Tribunal conformado por los doctores Patricio Secaira Durango, Hipatia Susana Ortiz Vargas e Iván Rodrigo Larco Ortuño, disponen la práctica del sorteo de dos Conjuezas para que se integren al conocimiento del proceso; al existir pronunciamientos distintos entre los integrantes designados para resolver la causa.

f) Conforme las actas de sorteo de 22 de septiembre del 2025, se designó a las doctoras Katty Mishel Muñoz Vaca y Ximena del Rocío Velasteguí Ayala, quienes ejercen funciones de Conjuezas Nacionales de la Corte Nacional de Justicia, en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, mediante Resolución No. 068-2024 de 22 de marzo del 2024 expedida por el Consejo de la Judicatura.

g) En providencia de 8 de octubre del 2025, al no haberse formado resolución de mayoría en la presente causa con los Jueces y Conjuezas designadas por sorteo, se dispuso la práctica de un nuevo sorteo para que una de las Conjuezas Nacionales restantes se integren al conocimiento de la causa, sorteo que fue realizado el 8 de octubre del 2025 donde se designó a la Dra. Marcy Alvarado, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo.

h) Actualmente, el Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño, se encuentra en calidad de Conjuez Nacional, a partir del 1 de noviembre del 2025, fecha posterior a las actuaciones procesales realizadas para la conformación de mayoría para la resolución de la causa, de igual forma la Dra. Ximena Velasteguí Ayala, es asignada Jueza Nacional encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, a partir de 1 de noviembre del 2025, en virtud de la Acción de Personal No 1283-UATH-2025-JV, de fecha 03 de octubre del 2025, quien anterior al 1 de noviembre del 2025, se encontraba en calidad de Conjueza Nacional y fue sorteada en esa calidad para el conocimiento y resolución de la presente causa, con la finalidad de dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial.

i) Agréguese al proceso el escrito que antecede de 26 de noviembre del 2025 presentado por el Gerente General de la Compañía ASTEC, por el cual se solicita que se convoque a las partes a una reunión con el fin de que puedan exponer oralmente los argumentos que sustentan sus posturas conforme lo que dispone el artículo 103.14 del COFJ, al respecto, se verifica que la finalidad del compareciente es realizar una audiencia en estrados que ya fue realizada en el momento oportuno; por

lo tanto, los jueces y conjuces designados para el conocimiento de la causa consideran que no es necesaria la reunión que se solicita.

j) Por disentir de la mayoría, de conformidad con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, me aparto del criterio de mayoría y emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1 Objeto de la controversia en el juicio de instancia: Mediante acción contenciosa administrativa la accionante solicitó al Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, que se declare el incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales asumidas por ASTEC Cía. Ltda., el correspondiente daño y perjuicio causado por dicho comportamiento culposo y el pago de intereses.

1.2 Referencia a la parte dispositiva de la sentencia recurrida: El Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, en sentencia de mayoría de 8 de enero del 2020, las 12h57, decidió aceptar parcialmente la demanda y determinar la responsabilidad del consultor por los perjuicios técnicos y económicos ocasionados en la ejecución de los contratos suscritos con el fin de implementar el Proyecto Hidroeléctrico Mazar-Dudas.

1.3 Identificación de la parte procesal que interpone el recurso de casación y los casos invocados. Inconforme con la decisión emitida por el Tribunal de instancia, la Compañía Consultora ASTEC ASESORIA TÉCNICA CÍA. LTDA interpuso recurso de casación, fundamentándose en las causales primera, segunda, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4 Determinación de las causales y modos de infracción admitidos. La Conjuenza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 15 de julio del 2022, las 10h11, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por Bernardo Creamer en su calidad de Gerente General y representante legal de la Compañía Consultora ASTEC

ASESORIA TÉCNICA CÍA. LTDA:

Por la causal **PRIMERA**, por los vicios de **errónea interpretación** de los artículos 1572 del Código Civil, y 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; falta de aplicación del artículo 1574 del Código Civil.

Por la causal **SEGUNDA**, por **falta de aplicación** de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación; 1, 2, 3 y 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 162 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; **errónea interpretación** del artículo 217 numeral 1 y 4, y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; 38 de la Ley de Modernización del Estado; 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 173 de la Constitución de la República; **aplicación indebida** de los artículos 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; así como **falta de aplicación** del artículo 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; 58-J de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e **indebida aplicación** del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, **falta de aplicación** del artículo 76 numeral 7 literal j) de la Constitución de la República.

En auto de fecha 5 de septiembre del 2022, las 15h44, la Conjueza Nacional amplió el auto de admisibilidad relativo a la causal segunda por **falta de aplicación** del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y Resolución No. 04-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expedida el 6 de mayo del 2015, publicada en el R.O de 2 de junio de 2015.

Por la causal **TERCERA**, por el vicio de **falta de aplicación** del segundo inciso del artículo 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, y disposición 408-20 del acuerdo No. 039-CG ^a normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos^o, lo que ha conllevado la **errónea interpretación** del artículo 1572 del Código Civil; y, causal **QUINTA** por falta de motivación.

2. COMPETENCIA

2.1 Normas sobre competencia: Esta Sala Especializada, actuante, 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, el artículo 1 de la Ley de Casación.

2.2 Fecha del acta de sorteo: El sorteo de rigor, para determinar la conformación de la Sala encargada del conocimiento y resolución del presente recurso de casación, ha sido efectuado el 22 de noviembre del 2022. En actas de 22 de septiembre del 2025 y 8 de octubre del 2025 se designaron Conjuetas Nacionales, para que se integren al conocimiento y decisión de la causa.

3. VALIDEZ PROCESAL

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

4. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN

4.1. Respecto a la **causal segunda**, se sostiene lo siguiente:

Falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, porque la entidad accionante pretende que se declare el incumplimiento culposo de cuatro contratos suscritos entre ASTEC y CELEC y que se indemnice por daños y perjuicios, siendo que entre las partes se pactó una cláusula arbitral.

Errónea interpretación del artículo 217 numeral 1 y 4 y artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, artículo 10 de la LJCA,

porque el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca no es el competente para conocer la demanda presentada por CELEC, el juez competente es el Juez de lo Civil del domicilio de ASTEC.

De igual forma, para alegar la falta de competencia del Tribunal de instancia para conocer y resolver la causa la compañía recurrente, señala que existe **falta de aplicación** de los artículos 1, 2, 3, 6 y 23 de la LJCA, **indebida aplicación** del artículo 65 de la LJCA, **errónea interpretación** del artículo 173 de la Constitución de la República, **falta de aplicación** del artículo 162 y 240 del COFJ y **falta de aplicación** de la Resolución NO. 04-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, aduciendo que es ilógico que el Estado acuda ante el Tribunal de instancia para solicitar el control de legalidad de sus contratos.

Con la causal segunda, se indica que existe violación del trámite, para esto la compañía casacionista identifica como yerros a la **falta de aplicación** del artículo 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, **falta de aplicación** del artículo 58.J LJCA e **indebida aplicación** del artículo 30 de la LJCA, porque aduce que en la demanda y en el auto de calificación a la demanda se establece que el procedimiento establecido para tramitar la causa es aquel contemplado en la LJCA, cuando en dicho cuerpo normativo únicamente se contempla dos tipos de recursos, el de plena jurisdicción o subjetivo y el de anulación u objetivo y cada uno de estos recursos tiende a atacar un acto administrativo emanado de una autoridad pública.

Asimismo, argumenta que existe una **falta de aplicación** del literal j) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, puesto que, la compañía demandada solicitó en su escrito de prueba y en reiteradas ocasiones una audiencia de peritos para poder ejercer su derecho a la defensa y proceder con el interrogatorio y contrainterrogatorio y que el Tribunal no atendió dichas solicitudes.

4.2. Sobre la causal quinta, la compañía recurrente sostiene:

Falta de **motivación** en la sentencia emitida por el Tribunal de instancia, porque se **incumplió con el requisito de razonabilidad**, debido a que no existe una razón por la cual el Tribunal de instancia rechazó la alegación de la compañía demandada, de que el proceso debía ser sustanciado en trámite ordinario, por cuanto este argumento no ha sido probado, cuando la vía de sustanciación se encuentra

regulada por normas de Derecho, y el Derecho no debe ser probado.

El Tribunal confunde la excepción de falta de derecho (que consiste en la ausencia de un derecho sustantivo que ampare pretensiones del actor) con una inaceptable alegación de parte de la compañía demandada de una falta de derecho de acción del actor, al hacer esto el Tribunal realiza una valoración que nada tiene que ver con la excepción deducida por ASTEC.

En la fundamentación de esta causal también se dice que el Tribunal de instancia no explica cuál es el fundamento fáctico o jurídico que le lleva a concluir, respecto a la captación del aprovechamiento San Antonio, que, ^a Estas captaciones fueron construidas con los planos entregados por ASTEC, las cuales el hoy accionado no objetó cuando en realidad la casacionista dice que si mencionó que al no existir el libro de obra en el proceso no se pudo probar cuáles fueron los diseños o planos utilizados para la construcción de la obra.

El Tribunal de instancia no invoca norma alguna que le permita concluir que CELEC deba recibir una indemnización por los valores gastados en virtud de una orden que ella mismo emitió, en esta parte la compañía casacionista señala que el Tribunal de instancia hizo uso de una norma argentina para determinar que se debe responder por las recomendaciones impartidas, cuando en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe algún cuerpo normativo que contenga la frase *"las soluciones que se aconsejen"*. No se explica por qué la responsabilidad civil del consultor es distinta a la responsabilidad civil que tiene lugar cuando otro tipo de agentes son los implicados, se limita a explicar únicamente cuáles son los requisitos de la responsabilidad civil.

Existe **incumplimiento del requisito de lógica**, porque el Tribunal de instancia cuando analiza la excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral señala que de los contratos siguientes al principal suscrito entre CELEC EP y ASTEC, la cláusula de arbitraje no se activa, en virtud de que sus objetos nunca estuvieron en discusión; más bien, su utilidad y pertinencia se evidencian en la necesidad de contar con información que el contrato principal no contenía, del cual se derivan dos contradicciones: i) todos los objetos de todos los contratos fueron analizados para determinar cuál era el contenido de las obligaciones previstas en ellos y si estas fueron o no cumplidas y ii) Si todos los contratos son independientes y contienen información y obligaciones distintas, mal podría afirmarse que la suscripción de los posteriores se dio para suplir el incumplimiento del llamado contrato principal.

El Tribunal redujo la excepción de falta de derecho a una falta de derecho de acción, cuando en realidad la excepción formulada por la compañía demandada consistía en una falta de derecho de

fondo a solicitar que se declare el incumplimiento culposo de los contratos suscritos y reclamar daños y perjuicios por parte de la empresa pública accionante.

Se tiene por cierto todo lo manifestado por la actora en su demanda, sin que medie una prueba para demostrarlo, ni ningún fundamento fáctico o jurídico que asegure su veracidad. Concluye la empresa accionada indicando que el Tribunal de instancia en su motivación determina la responsabilidad de tres de los cuatro contratos suscritos y en la parte resolutive se determina la responsabilidad por la ejecución de todos los contratos.

Incumplimiento del requisito de comprensibilidad, porque el Tribunal de instancia quiso tratar la excepción respecto de la nulidad del proceso por violación del trámite, recién en el considerando sexto de la sentencia, luego de haber declarado la validez del proceso.

4.3. Referente a la **causal tercera**, la empresa casacionista explica:

Que existió una valoración deficiente o inexistente ejercicio de valoración de la prueba que consta en el expediente, individualizando quince documentos y advirtiendo la existencia de más elementos probatorios que no fueron valorados por el Tribunal de instancia; por lo que, señala que existe una falta de aplicación del artículo 117 del CPC, falta de aplicación de la disposición 408-20 del acuerdo Nro. 039-CG (Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas derecho privado que dispongan de recursos públicos), que conllevó a una errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil, concluyendo que no se puede declarar un incumplimiento contractual, si no pueden apreciar cómo se construyó la obra.

4.4. En relación con la **causal primera**, la empresa casacionista señala que existe:

Errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil, se indica que no existe causa directa entre los daños reclamados y el supuesto incumplimiento de entregar estudios de factibilidad y diseños definitivos a nivel de licitación, si es que antes de iniciar la construcción del proyecto, CELEC no desarrolló una etapa de detallamiento de diseño de las obras civiles, así como los errores cometidos por el constructor y fiscalizador en la etapa de construcción. Así como tampoco existe causa directa entre los diseños que efectivamente permitieron la contratación del proyecto y las deficiencias y

cambios en los diseños cometidas por CELEC y CNEEC. Si existieron modificaciones a los diseños elaborados por ASTEC no puede imputársele una responsabilidad por estos, porque nunca participó en esos procesos.

Errónea interpretación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), porque es obligación de la entidad contratante contar, previo a un proceso de contratación pública con los diseños completos y actualizados del proyecto que se pretende construir, por lo tanto, con la correcta interpretación de la norma en mención, el Tribunal de instancia hubiese llegado a la deducción de que CELEC no cumplió con su obligación de tener los diseños definitivos y actualizados de la obra a construirse es responsable de los daños ocasionados por su omisión.

Falta de aplicación del artículo 1574 del Código Civil, porque en el supuesto jamás consentido de que ASTEC haya incumplido sus obligaciones contractuales, el perjuicio previsible sería únicamente aquel que CELEC habría sufrido por la privación de la prestación prometida en el Contrato de Consultoría. De modo que, si el Tribunal de instancia hubiese aplicado el artículo 1574 del Código Civil, el deudor solo puede responder por los daños previsible a la fecha de firma del contrato, que sería la cantidad de \$950.000,00.

5. PROBLEMA JURÍDICO

El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 8 de enero del 2020, las 12h57, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, ha incurrido en los yerros determinados en las causales SEGUNDA, QUINTA, TERCERA y PRIMERA, conforme se especificó previamente.

6. ANÁLISIS DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Para efectos del análisis de cada una de estas causales, esta Sala Especializada considera pertinente utilizar la metodología que propone Santiago Andrade Ubidia en su obra ^aLa Casación Civil en el Ecuador^o. Andrade Ubidia, donde señala que: *^a Se examinarán los motivos o causales de casación en el siguiente orden: en primer lugar, la causal segunda, a continuación, la quinta y la cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera, por considerar que éste es el orden lógico que*

debe aplicar el juzgador al momento de resolver el proceso.^o (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 116).

6.1 ANÁLISIS DEL RECURSO REFERENTE A LA CAUSAL SEGUNDA

La causal invocada, ordena como causal de casación:

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

6.1.1 La causal, con seguridad, contiene el vicio más grave que puede afectar la validez de la decisión judicial recurrida en casación, por tratarse de vicios *in procedendo*; los que se hacen presentes cuando se evidencia que el juzgador, al expedir su resolución yerra al inaplicar, al hacerlo indebidamente, o al interpretar de modo errado normas jurídicas procesales, determinantes para que la decisión adquiriera o alcance la validez que el sistema jurídico exige; vicios que por su importancia inciden significativamente en el auto o sentencia atacada.

Los fallos expedidos por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia y por las que pertenecen a la actual Corte Nacional de Justicia, coinciden en señalar que:

^a Por medio de esta causal se impugna la inobservancia de las formas legales que garantizan la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo. En consecuencia, cuando una de las partes estima que existe motivo de nulidad que debe ser declarada, puede acceder a la casación a través de la causal¹⁴ (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama ^aEl recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional^o. Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

6.1.2 Varios son los elementos que trae la norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen; a saber:

Señalar los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas. Es indispensable que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión. Nulidad o indefensión que deben ser debidamente sustentadas y demostradas; así:

Nulidad: El mismo autor (Tama, p.188), sobre esa nulidad expresa:

“ Por ello -dice la doctrina jurisprudencial- todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (..) debe hacer referencia a los artículos (..); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal..”.

Indefensión: La indefensión puede ser definida como aquel hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho a defenderse dentro de un proceso judicial.

6.1.3 La indebida aplicación es un modo de infracción que se presenta en el caso de que el juzgador de instancia aplica, a la verdad material que surge del proceso judicial, una norma que no está llamada a solucionar la controversia, pese a que la disposición jurídica ha sido entendida adecuadamente en su real dimensión; sin embargo, se la utiliza en un caso para el cual no está destinada. Se estima, como en otros casos propios de las causales de casación que contempla la Ley, que la fundamentación de este yerro debe contener una proposición jurídica completa; debiendo por ello hacer la debida determinación del hermanamiento que la indebida aplicación trae con el yerro de falta de aplicación, toda vez que si la norma aplicada erradamente por el juzgador, debe explicarse cuál o cuáles son las disposiciones jurídicas que debían ser aplicadas debidamente y que no fueron usadas por el juzgador para la resolución del caso.

6.1.4 La falta de aplicación es un yerro que implica que el juzgador omitió escoger la norma procesal pertinente para solucionar el problema jurídico; es por ello, que la exigencia de que la fundamentación del recurso de casación debe ser clara y precisa, determina una obligación jurídica a quien interpone el recurso extraordinario de casación, para explicar, con razonamiento lógico y jurídico, el por qué la norma infringida debía ser la llamada a ser aplicada a los hechos resultantes de las pruebas procesales y, obviamente, las razones por las que el juzgador dejó de usar esa disposición. Desde luego que este vicio determina una situación de hermanamiento, con la indebida aplicación, ya que el Juez para tomar la decisión cuestionada, debe haber aplicado una norma que no es la que corresponde al caso, de ahí que, el vicio denunciado que debe estar unido o hermanado a la indebida aplicación, debe ser determinante para la toma de la resolución judicial; lo cual acontece también a la inversa; es decir, cuando se acusa la indebida aplicación de una norma, la implicancia lógica e inmediata es que se haya

dejado de aplicar la norma correspondiente a los hechos procesales.

6.1.5 Sobre la **errónea interpretación** ha señalado esta Sala Especializada en varios fallos relativos a la causal y yerro que, la interpretación es una operación mental del juzgador, por medio de la cual al escoger correctamente la norma destinada a solucionar el conflicto judicial, se aplica a ella un método de interpretación adecuado a los hechos que se expresan en el precedente fáctico del proceso; métodos que están recomendados en el ordenamiento jurídico o recomendados por la doctrina o la jurisprudencia. De modo que, esa operación mental consiste en asumir el verdadero propósito o alcance de la norma jurídica para dar la aplicación que su destino establece.

6.1.6 En la especie, la casacionista centra su fundamentación en los siguientes modos de infracción:

Se pactó una cláusula arbitral, para lo cual señala que existe **falta de aplicación** de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

El competente para conocer y resolver la controversia es el juez civil, por lo que considera que existe **errónea interpretación** del artículo 217 numeral 1 y 4 y artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, artículo 10 de la LJCA, porque el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca no es el competente para conocer la demanda presentada por CELEC, el juez competente es el Juez de lo Civil del domicilio de ASTEC.

El Estado no puede acudir ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, para solicitar el control de legalidad de sus contratos, por lo que aduce **falta de aplicación** de los artículos 1, 2, 3, 6 y 23 de la LJCA, **indebida aplicación** del artículo 65 de la LJCA, **errónea interpretación** del artículo 173 de la Constitución de la República, **falta de aplicación** del artículo 162 y 240 del COFJ y **falta de aplicación** de la Resolución NO. 04-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Violación del trámite, porque la LJCA contempla dos tipos de recursos, el objetivo y el subjetivo, en este punto se alega **falta de aplicación** del artículo 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, **falta de aplicación** del artículo 58.J LJCA e **indebida aplicación** del artículo 30 de la LJCA.

Solicitud de audiencia de peritos no atendida, por lo que existe una **falta de aplicación** del literal j) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

6.1.6.1 Afirma el recurrente que en la sentencia recurrida se ha incurrido en el vicio de falta de

aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que a la letra dicen:

Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)

Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral. Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

6.1.6.2 Refiere también el recurso, que la decisión judicial que ataca ha incurrido en la errónea interpretación de los artículos 217, numerales 1 y 4; artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; como también del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y artículo 10 de la LJCA, normas que señalan:

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 31.- Principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos. - Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.

Art. 217.- Atribuciones y deberes. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: 1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieran carácter tributario; (¼) 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado (¼)

Ley de Modernización del Estado

Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El

procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)

Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad; b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquélla; Conocerá también los juicios de excepciones a la coactiva originados en resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación; Conocerá y resolverá igualmente en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las Instituciones Públicas originados en decisiones de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos coactivos instaurados para el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación. Nota: Inciso último del literal b), agregado por Decreto Supremo No. 611, publicado en Registro Oficial 857 de 31 de Julio de 1975 . Nota: Por Decreto Supremo No. 1065-A, publicado en Registro Oficial 668 de 28 de Octubre de 1974: Interpretase el literal b) del Art. 10, reformado por el Decreto Supremo No. 1077, de 11 de Septiembre de 1973, publicado en el Registro Oficial No. 392, de 17 de los mismos mes y año, en el sentido de que "también corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conocer y resolver según dicho Decreto, en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, locales o seccionales, o de Instituciones Públicas, originadas en decisiones firmes de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados. Consecuentemente, se faculta al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y a sus respectivas Salas, para que, sin nuevo sorteo, dicten sentencia sobre esas acciones o demandas de prescripción, aunque hubieren dictado resolución negativa, aduciendo incompetencia, sin que por ello pueda invocarse cosa

juzgada". c) Conocer y resolver en apelación de las resoluciones de la Junta de Reclamaciones prevista en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; d) Conocer y resolver en única instancia, lo concerniente a las violaciones de la Ley que regula la carrera administrativa, que no estuvieren en el caso del literal anterior; y e) Los demás que fijare la Ley.

6.1.6.3 Afirma el casacionista que el fallo reprochado incurre también en la falta de aplicación de los artículos 1,2,3,6 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; e indebida aplicación del artículo 65 de la misma ley, que disponen:

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)

Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.

Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Nota: Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente. Disposición dada por Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo No. 00, publicada en Registro Oficial 722 de 9 de Julio de 1991.

Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa: a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración. b) Las cuestiones de carácter civil o penal

pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones. c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa. d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales. e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa.

Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos. b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses. c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma. d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.

Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. 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.

6.1.6.4 También argumentan la falta de aplicación de los artículos 162 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, y falta de aplicación de la Resolución No. 04-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Suplemento del Registro Oficial No. 513, de 2 de junio de 2015, que disponen:

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 162.- Prorrogación de la competencia. - La jueza, juez o tribunal que, en principio, no es

naturalmente competente para conocer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello las partes convienen expresa o tácitamente en prorrogarle la competencia territorial. Una vez que se le ha prorrogado la competencia, el juzgador excluye a cualquier otro, y no puede eximirse del conocimiento de la causa. La prorrogación expresa se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia de la jueza o del juez, se somete a aquélla expresamente, bien al contestar a la demanda, bien por haberse convenido en el contrato. La prorrogación tácita se verifica por comparecer en la instancia sin declinar la competencia, o porque antes no ha acudido el demandado a su juzgador para que la entable. En ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia.

Art. 240.- Atribuciones y deberes. - Son atribuciones y deberes de las juezas y los jueces de lo civil: 1. Conocer y resolver en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad; 2. Conocer y resolver, en primera instancia, todos los asuntos de materia patrimonial y mercantil establecidos en las leyes, salvo las que corresponda conocer privativamente a otras juezas y jueces; 3. Conocer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de delitos cuando en el juicio penal no se hubiese deducido acusación particular; 4. Conocer en primera instancia de los juicios colusorios; y, 5. Los demás asuntos determinados por la ley.

Resolución 04-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia

Artículo 1.- La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las controversias derivadas de contratos establecidos en los artículos 185.2 y 217.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, únicamente cuando el contrato sea de materia administrativa.

Artículo 2.- La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las acciones por indemnización de daños y perjuicios establecidas en los artículos 185.6 y 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, siempre que la indemnización que se pretenda se derive de casos de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos. No corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa los juicios de indemnización de daños y perjuicios en los que se reclame únicamente la reparación de un daño pecuniariamente cuantificable y separable de una actuación administrativa. Artículo 3.- La competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito contractual y de indemnización de daños y perjuicios se radicará siempre que confluayan los siguientes elementos que determinan la materia administrativa: a) Subjetivo: Una de las partes procesales debe ser un órgano de la administración pública central o descentralizada institucional o territorialmente; b) Objetivo: b.1) El contrato debe

haberse celebrado en uso de las competencias y prerrogativas de la administración pública; su suscripción debe obedecer al giro específico Resolución No. 04-2015 ¼ 3 institucional; y, el procedimiento para tramitar la controversia no debe remitirse exclusivamente al derecho procesal común. b.2) La indemnización de daños y perjuicios debe ser producto de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos; o, debe provenir de la impugnación de una actuación administrativa, siempre que en el mismo libelo se demande tal reparación o la reparación de daños y perjuicios establecidos en el artículo 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial. c) Pretensión: La acción no debe centrarse únicamente en el reconocimiento de un derecho patrimonial y/o la liquidación de valores económicos, sino que debe consistir sobretodo en el ejercicio del control de legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos.

6.1.6.5 Falta de aplicación de los artículos 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, y artículos 58. J de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa e indebida aplicación del artículo 30 de la misma ley; que disponen:

Código de Procedimiento Civil (CPC)

Art. 59.- Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.

Art. 1014.- La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)

Art. 30.- La demanda debe ser clara y contener: a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal. b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado. c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado. d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión. e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos. f) La pretensión del demandante. g) La enunciación de las

pruebas que el actor se propone rendir. En esta clase de juicios no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal.

Art. 58-J.- En todo lo que no estuviere expresamente previsto en este Capítulo se aplicarán las demás de este Código, y en su falta, las normas que regulan el Contencioso - Tributario y subsidiariamente las del Código de Procedimiento Civil.

6.1.6.6 Falta de aplicación de la letra j del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, así como la errónea interpretación del artículo 173 *ibidem*, que señalan:

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: (¼)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (¼) j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

6.1.7 Motivación.- Con relación al alcance de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, en párrafos anteriores se ha determinado tanto el alcance de esta causal como de los modos de infracción que ella contiene, correspondiente a vicios *in procedendo* que por su gravedad son acarreadores de nulidad.

Para que opere la nulidad el vicio debe ser de tal magnitud que su presencia afecte gravemente la decisión judicial que se ataca; puesto que, en este aspecto, la importancia de la potencial nulidad determinaría que la decisión no pueda cumplir su propósito por la falta de presupuestos procesales como los que se encuentran contemplados en el artículo 346 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 59 de la LJCA; desde luego, estimando además que en el caso de la indefensión, existen así mismo causales normadas que garantizan el derecho de defensa y de modo especial, la aplicación del principio de que toda indefensión genera nulidad.

6.1.7.1 Debe inicialmente señalarse que la casacionista ha alegado la falta de aplicación del artículo 23 de la LJCA; la cual, si se encuentra aplicada en la sentencia de mayoría que se ataca, en cuyo considerando CUARTO se señala:

^a Las excepciones de Falta de Derecho planteadas tampoco son aceptables, en orden a la

norma constitucional contemplada en el artículo 75 que determina el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en un Estado Constitucional de derechos y justicia como proclama el artículo 1 de la Carta Magna Ecuatoriana, así como el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 25 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, artículos 10, 23, literal c), 24 literal b) y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.^o

Por consiguiente, no cabe el análisis de dicho modo de infracción.

6.1.7.2 Se alega la falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la LAM transcritos anteriormente; normas que pertinentemente, obligan a las partes, a acatar el convenio arbitral que haya sido acordado por ellas; en el cual, hayan convenido someter sus controversias al mecanismo de solución alternativo de conflictos denominado arbitral. De existir tal convenio la obligación de los jueces sería inhibirse del conocimiento de las causas correspondientes. Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio dejando la vía expedita para que puedan concurrir al órgano judicial competente. En el caso de que presentada la demanda el accionado opusiere la excepción de existencia del convenio arbitral, el juez debe trasladar tal oposición a las partes para que presenten la prueba de sus afirmaciones. De aceptarse la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario, el proceso judicial deberá continuar.

En el caso, de haberse constituido el Tribunal arbitral en audiencia debe leerse el documento que contenga el convenio arbitral; correspondiendo al Tribunal, resolver sobre su propia competencia; de declararse competente, continuará el procedimiento arbitral respectivo.

Afirma la casacionista que, en los cuatro contratos, cuyo incumplimiento se demanda suscritos entre ASTEC y CELEC se ha pactado cláusula arbitral; pese a lo cual, el Tribunal Distrital omitió declararse incompetente y derivar la competencia a un Tribunal arbitral; dejando de aplicar los mencionados artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación; generando una nulidad insubsanable.

Que, la recurrente pidió que se abra el término para resolver la excepción de incompetencia por la existencia de convenio arbitral; sin embargo, en la sentencia recurrida, se rechazó la excepción; asumiendo que el Tribunal Distrital tiene competencia para conocer y resolver el proceso judicial.

Señala, refiriéndose al considerando segundo del fallo atacado que: **^a Del análisis de los contratos adjuntados al proceso se determina que en el presente caso las partes acordaron que de existir diferencias las partes podrán utilizar es decir, que no pactaron la utilización obligatoria de procesos de mediación y arbitraje en derecho para solucionar sus diferencias^o** aclarando además

que se acordó que de surgir controversias en que, las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la LJCA.

Refiere el texto transcrito que en el primer contrato las partes se comprometieron a someter su divergencia a procedimiento de mediación y que, de no obtenerse acuerdo, las partes podrán demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; siendo que, las partes concurrieron a un procedimiento de mediación en el cual no llegaron a acuerdo alguno lo que permitió que se acuda al Tribunal Distrital.

Que, en los demás contratos al expresarse la discrecionalidad de acudir a la justicia voluntaria o la ordinaria no supone motivo de inhibición por parte del juzgador distrital, si una de las partes ha optado el concurrir a esa jurisdicción; negándose, por tanto, la excepción de incompetencia y, declarándose competente para conocer y entendiéndose que presentada la demanda el demandado, al contestarla debe oponer la excepción de existencia de convenio arbitral, caso en el cual, se estima la existencia de renuncia, para lo cual debe observarse el procedimiento que trae la norma; y, de aceptarse la excepción debe archivar la demanda.

Como se ha dicho el recurso de casación hace referencia a que en el contrato principal y en los demás que fueron suscritos, existía una cláusula arbitral que debía ser cumplida y que determinaba la incompetencia del Tribunal Distrital para conocer la causa; refiere, por tanto, que la sentencia atacada habría incurrido en la causal segunda del ^a Art 5 de la Ley de Casación^o (la admisión del recurso hizo relación al caso segundo del artículo 3 de la Ley de Casación, seguramente por considerar un lapsus calami en la redacción del recurso de casación).

Afirma que el Tribunal, al haberse planteado la excepción de incompetencia por existencia de cláusula arbitral debió limitarse solo a determinar la existencia de la cláusula y de ninguna manera su validez o suficiencia, tanto más que el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que los jueces deben inhibirse de conocer los procesos judiciales cuando las partes han convenido de mutuo acuerdo someter sus controversias al arbitraje; que de acuerdo al artículo 22 de esa Ley el Tribunal arbitral es el único competente para decidir su competencia sobre asuntos que se someten a su resolución.

Consta del proceso que, en la contestación a la demanda de la empresa accionada, se formuló como excepción principal la incompetencia de la Sala del Tribunal Distrital del Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, por la existencia de convenio arbitral.

Se aprecia asimismo que, el Tribunal, de 15 de septiembre del 2015, las 14h01 se abre por tres días el término para que la parte accionada pruebe las afirmaciones relacionadas a la excepción de incompetencia, concluido el cual se resolverá lo que en derecho proceda.

Posteriormente, y luego de varias actuaciones judiciales dentro del término concedido el Tribunal Distrital en auto de 11 de marzo del 2016, las 08h21, resuelve el incidente sumario sobre la excepción de incompetencia del Tribunal por existencia de cláusula arbitral; providencia en la cual se remite a los textos constantes en el contrato principal como en el segundo, tercero y cuarto contrato adicional; se remita también al artículo 190 de la CRE que reconoce al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos; determinando que en materia de contratación pública es procedente el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado. Que, del análisis de los contratos referidos, las partes han acordado que de existir diferencias entre ellas ^a podrán utilizar^o el arbitraje de modo que no pactaron el uso obligatorio del arbitraje en derecho para solucionar sus controversias; tanto más que, concordaron en que, si las partes no concuerdan someter tales diferencias a los procedimientos de mediación y arbitraje, la vía expedita es la sede judicial ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Que, las partes concurrieron a mediación y no llegaron a ningún acuerdo y que la propia cláusula disponía acudir a ese Tribunal Distrital. Que los contratos adicionales al establecer la discrecionalidad de acudir a la justicia voluntaria o la ordinaria no suponen que ello sea motivo de inhibición si una de las partes acude a la jurisdicción contencioso administrativa; por lo que, se declara competente para el conocimiento de la causa; negándose por ello la excepción de incompetencia que fuera opuesta por la parte demandada, disponiendo la prosecución del procedimiento.

La parte demandada solicitó, en escrito de 16 de marzo del 2016, la revocatoria del mencionado auto, el cual, luego del procedimiento regular merece la expedición del auto de 7 de abril del 2016, las 08h40 se pronuncia, negando la revocatoria solicitada, bajo la consideración de que el Tribunal no ha determinado si la cláusula es patológica, si es válida o eficaz; sino que simplemente se remitió a determinar la existencia o no del convenio arbitral en atención a lo pactado por las partes; estableciendo que, en el contrato principal, cláusula trigésima primera se habla de procedimiento de mediación ante el Centro de Mediación de la Universidad Católica de Cuenca- Extensión Azogues y que, de persistir la controversia se someten al procedimiento ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca; en el cual las partes no llegaron a ningún acuerdo; señala así mismo, que la sentencia de la Corte Constitucional al que se refiere la demandada, es un caso distinto en el que las partes pactaron expresamente una cláusula arbitral, que en el presente caso, se abrió el término de prueba observando el procedimiento y pronunciándose negativamente sobre la excepción de incompetencia aplicada.

En la sentencia materia del recurso y concretamente en su considerando segundo se hace la transcripción del auto del 11 de marzo del 2016, en el cual se niega la excepción de existencia de la

cláusula arbitral y se declara la competencia del Tribunal para el conocimiento del caso; ratificando una vez más la competencia del Tribunal para conocer y resolver el proceso judicial.

Con posterioridad a la negativa de la revocatoria, ASTEC Asesoría Técnica CIA, LTDA plantea un incidente adicional relacionada con la incompetencia del Tribunal para conocer la causa, en razón de la materia; en su escrito de 27 de abril del 2016, por cuanto las partes que firmaron los contratos eran sujetos de derecho privado; y porque la pretensión se remite al reclamo de indemnizaciones de daños y perjuicios.

En auto de 18 de mayo del 2016, las 09h22, el Tribunal Distrital con sede en Cuenca niega el pedido de nulidad formulado por la parte demandada, remitiéndose a las normas prevenidas en la Resolución No. 04-2015, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513 de 2 de junio del 2015; haciendo énfasis en que la demanda ha sido presentada el 5 de abril del 2015 y calificada el 21 de abril del 2015 y que, en Resolución No. 9 de 12 de agosto del 2015, fue reformada la Resolución No. 04-2015, estableciendo que su contenido no altera las causas cuya competencia haya sido radicada de acuerdo al artículo 163.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, antes de 2 de junio del 2015, de modo que, la competencia del Tribunal Distrital no ha sufrido alteración alguna, remitiéndose a lo que dispone el artículo 163.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, señalando además, que la competencia en razón de la materia, asignada al Tribunal Distrital está prevenida en el numeral 4 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial; tomando en consideración además, que el contrato sobre cuya base se plantea la demanda es de carácter administrativo

Se constata en la formalidad, que efectivamente, los artículos 7, 8 y 22 de la LAM no han sido referidos en la sentencia recurrida; sin embargo, es evidente que en las providencias a las que nos hemos referido previamente, que dicen en relación a la tramitación y pronunciamientos del incidente de excepción principal por incompetencia del Tribunal Distrital, por existencia de cláusula arbitral, resulta claro que de estos elementos, se puede establecer con absoluta claridad, la aplicación por inferencia de tales disposiciones jurídicas, tanto más que, el mencionado artículo 7 establece los siguientes presupuestos jurídicos: a) que se haya presentado una demanda ante un órgano jurisdiccional; b) que la controversia que enfrenta a las partes procesales, de mutuo acuerdo, ellas hayan convenido en que sean resueltas a través de arbitraje; c) que la existencia de una cláusula compromisoria de arbitraje impide que la justicia ordinaria pueda conocer el cas; d) que en ese caso el juez debe inhibirse de conocer la demanda; d) que en caso de duda el juzgador deberá estar a favor de que la controversia se resuelva mediante arbitraje.

El artículo 8 de la misma Ley permite a las partes renunciar de modo expreso y por escrito, al

convenio arbitral existente, caso en el cual están habilitados en acudir al órgano judicial competente. Determina la norma, la presunción de existencia de tal renuncia cuando presentada una demanda ante un órgano judicial, al contestar aquella el accionado no opone excepción de existencia de convenio arbitral. Sin embargo, dentro del proceso judicial, de haberse propuesto la excepción de convenio arbitral, es obligación del órgano judicial sustanciarla y resolver, para lo cual, debe trasladar a la otra parte el contenido de la excepción de la existencia de convenio arbitral, exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones, dentro de los tres días subsiguientes a la notificación. Concluye la norma, que de aceptarse la excepción ha de ordenarse el archivo de la causa, caso contrario, ejecutoriada la decisión judicial el proceso se sustanciará según las reglas generales.

Del contenido de las normas y de los hechos procesales descritos se infiere con absoluta claridad que tales disposiciones fueron debidamente cumplidas por los juzgadores, observando el debido proceso cuyo trámite ha sido descrito; puesto que, las dos disposiciones hacen relación fundamentalmente al caso en que la demanda haya sido presentada ante un órgano judicial y se haya formulado, como en el caso, la excepción de existencia de convenio arbitral. En el caso que se analiza, el sustento del vicio de falta de aplicación, no puede operar, pues la evidencia procesal y el contenido de la sentencia relativa a tal excepción permite concluir que los artículos 7 y 8 han sido aplicados por el juzgador de instancia, razón por la cual el recurso por este extremo es improcedente.

Sobre la falta de aplicación del artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la Sala establece que tal norma, si bien no ha sido aplicada, la casacionista no ha logrado demostrar la pertinencia de la aplicación de esa disposición legal al caso concreto, vale decir, al fundamento relativo a la excepción de existencia de convenio arbitral, puesto que, es de toda evidencia que la norma legal en comento, se refiere exclusivamente al trámite que debe observarse en la presentación de las demandas ante un Tribunal arbitral, al cual le corresponde decidir prioritariamente respecto de su competencia para conocer el proceso arbitral que ha sido planteado; presupuestos que obviamente no concurren en la especie, en que, la demanda ha sido propuesta ante un órgano jurisdiccional como se ha señalado anteriormente, razón por la que, el recurso es improcedente respecto de la falta de aplicación de la mencionada disposición legal.

Por otra parte, no debe dejar de mencionarse que, la falta de aplicación de una norma jurídica puede implicar, coetáneamente que el juzgador haya usado para la decisión del problema jurídico, de manera indebida, una disposición jurídica que no está llamada a dar solución a esos problemas; la doctrina conoce a esta situación como hermanamiento de los modos de infracción. En el caso, el casacionista no ha hecho referencia alguna a normas que habrían sido usadas indebidamente en la sentencia de la que se recurre; lo cual agrava la improcedencia del recurso.

6.1.7.3 Sobre la errónea interpretación hemos dicho que el casacionista está obligado a determinar que efectivamente las normas que denuncia como infringidas han sido utilizadas por el juzgador, bajo la línea que son las disposiciones llamadas a dar solución al conflicto; es decir, no hay duda que su aplicación es correcta. Sin embargo, debe también señalar, cuál es el alcance de la interpretación que el Tribunal de instancia ha dado a cada una de estas normas y las razones por las cuales esa interpretación es incorrecta; para lo cual, la determinación del método de interpretación incorrecto debe ser identificado. Igualmente, el fundamento debe contener cuál es el método de interpretación que debió haber sido utilizado y con ello, la determinación del alcance efectivo que tiene la norma que habría sido infringida, con la explicación de las razones por las cuales el método y la interpretación sugerida, es la que corresponde.

Al fundamentar el recurso en torno al vicio señalado el casacionista afirma que:

“ De manera subsidiaria, en el evento de que la Corte Nacional de Justicia considere que la presente controversia no debe ser resuelta por la jurisdicción arbitral sino por la jurisdicción ordinaria, cabe mencionar que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cuenca, no es competente para conocer la demanda presentada por CELEC, el juez competente es el juez de lo civil del domicilio de ASTEC° .

Arguye que, si no es aplicable la justicia arbitral, tampoco el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer la controversia en razón de la materia, para lo cual, transcribe la parte de la sentencia en la que el Tribunal de instancia determina que es competente para conocer, tramitar y resolver la controversia puesta en su conocimiento; la cual está sustentada en disposiciones constitucionales y legales que obran del texto.

Del texto del recurso de casación relativo a los yerros señalados, no se desprende argumento alguno que determine los elementos propios que debe cumplir el recurso de casación con relación a la errónea interpretación de normas jurídicas que se denuncian como infringidas; en efecto, no se ha determinado que las normas que habían sido erróneamente interpretadas son las correctas, esto es, las que han sido debidamente aplicadas en la resolución recurrida; tampoco se ha determinado el alcance de la interpretación que a esas normas ha dado el Tribunal, ni las razones por la que esa interpretación es errada; como tampoco el casacionista ha establecido cuál es la interpretación correcta que debió identificar el alcance de cada una de las normas infringidas por el modo de infracción admitido.

Al contrario, solamente se limita a cuestionar la incorrecta aplicación de los artículos 217 numerales 1 y 4, y artículo 31 del COFJ, como de los artículos 38 de la Ley de Modernización del Estado y 10 de la LJCA, que constan referidos en la parte de la sentencia que ha sido transcrita en el recurso de casación; que sirve de sustento para sostener que en subsidio de la excepción de incompetencia por

existencia de convenio arbitral el Tribunal debió inhibirse de conocer la causa por existir incompetencia en razón de la materia ya que el asunto debió tramitarse ante el juez natural, que a su juicio, es el juez de lo civil del domicilio de ASTEC.

Debe recordarse que el recurso de casación entre otras de sus características se nutre del denominado principio dispositivo, por medio del cual, se determina que son las partes; en el caso, el casacionista el que tiene el derecho de establecer el límite del alcance del recurso de casación; puesto que, ellas son las que deben expresar de modo enfático las causas que demuestren la existencia de los vicios afectadores de la validez legal de una decisión judicial.

Lo dicho implica una limitación evidente para que los jueces de casación puedan de oficio reconducir o ampliar el contenido o la intencionalidad que el recurrente ha tenido para cuestionar la decisión judicial que reprocha mediante el recurso de casación.

En el caso, es de toda evidencia que al no existir los fundamentos de fondo que permitan a esta Sala discernir sobre los argumentos de la causal y vicio que se analiza en este numeral, se verifica inexorablemente la improcedencia del recurso, por este extremo.

Debe hacerse énfasis en que el vicio analizado ha sido propuesto en subsidio de la argumentación principal de incompetencia por existencia de convenio arbitral; al respecto debe señalarse, que la legislación ecuatoriana contenida en la Ley de Casación no prevé de manera expresa la formulación de recurso de casación de manera subsidiaria. En efecto, siendo como es el recurso de casación, un medio para atacar la legalidad de una decisión judicial; y, su carácter de extraordinario determina la excepcionalidad para su interposición, ya que no se trata de un recurso que regule una instancia de decisión judicial, pues solo agotados estos, es factible acudir en casación, de modo que esa excepcionalidad permite que surja el establecimiento de su característica de taxativo, ya que solo puede interponerse por los casos que la ley de manera expresa determine y con sujeción además, a los modos de infracción que el mismo ordenamiento jurídico contempla.

Es por ello, que es un recurso de derecho estricto que solamente puede viabilizarse cuando se cumplen los requisitos y formalidades previstas en la norma jurídica. Razón por la cual, cada uno de los casos es absolutamente autónomo respecto de los otros; como lo es también cada uno de los modos de infracción que dichos vicios contemplan. La subsidiariedad entonces resulta contradictoria con las características propias del recurso de casación.

6.1.7.4 Se ha dejado establecido que dentro de la misma causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, ha sido admitido el recurso por los modos de infracción:

Falta de aplicación de los artículos 1,2,3, 6 y 23 de la LJCA; y, artículos 162 y 240 del COFJ;

finalmente, de la Resolución 04-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Las normas que se denuncias como infringidas por haberse omitido su aplicación en la sentencia recurrida se refieren: en lo referente a la LJCA a quienes son los legitimarios activos dentro de las acciones a cargo de esa jurisdicción, que se propongan en contra de reglamentos, actos y resoluciones administrativas emanadas de los Entes que pertenecen al sector público; su artículo 2 refiere el derecho a interponer el recurso contencioso administrativo en contra de las decisiones administrativas señalas que lesionen derechos particulares y que hayan sido tomadas en aplicación de disposición general que infringe la Ley administrativa.

El artículo 3 de la misma Ley señala el alcance del recurso de plena jurisdicción o subjetiva; como del recurso de anulación objetivo; en tanto que, el artículo 6 de ese cuerpo de normas señala los casos que no corresponden a la jurisdicción contencioso administrativo.

El artículo 10 del instrumento normativo en cita contiene la enumeración de las atribuciones y deberes jurisdiccionales de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, que asumieron, debe decirse, aquellas competencias, que con anterioridad correspondían al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción nacional.

Finalmente, el artículo 23 de la ley que se viene mencionando contiene la nómina de quienes tienen la legitimación activa, para demandar la reclamación de no ser conforme a derecho o la anulación de los actos o disposiciones de la administración pública.

La Resolución 04-2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513, de 2 de junio de 2015, establece los elementos que deben confluir al establecer la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

La Sala reitera que la falta de aplicación de una norma jurídica que se denuncia como infringida es un vicio que se produce cuando el juzgador omite traer a su decisión las disposiciones normativas llamadas a subsumirlas con los hechos resultantes de la valoración de las pruebas presentadas en juicio; siendo por tanto, de obligación del casacionista determinar las razones por las cuales considera que las disposiciones que denuncia como inaplicadas eran las llamadas a dar solución al problema jurídico al que se refiere el proceso judicial. Ahora bien, es necesario que esta Sala establezca el cumplimiento de esa exigencia propia del vicio invocado, al efecto se aprecia que:

El presente juicio se inicia por demanda presentada por la Empresa Pública CELEC EP, en contra de la compañía CONSULTORA ASTEC, Asesoría Técnica CIA. LTDA; requiriendo que en sentencia se declare el incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales asumidas por la empresa demandada; pretensión que finalmente fuera aceptada en la sentencia de instancia, que determina la

responsabilidad del consultor por los perjuicios técnicos y económicos ocasionados en la ejecución de los contratos suscritos con la consultora, demandada.

En lo fundamental, arguye la recurrente que CELEC no podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en calidad de accionante, para solicitar el control de la legalidad de los contratos que ha suscrito; porque la relación entre actor y demandado proviene de un acuerdo de voluntades establecidos en un contrato principal y otros que sean suscritos para el cumplimiento de actividades relacionadas con la consultoría para la implementación del proyecto Hidroeléctrico al que se refieren los mencionados pactos. Arguye que tales contratos han de ser interpretados como una relación contractual consolidada que no se encuentra en discusión.

Debe establecerse que la LJCA, promulgada en R.O 338 de 18 de marzo de 1968 introdujo en el Ecuador, de modo formal, la denominada jurisdicción contencioso administrativa, con estricto apego a la denominada jurisdicción delegada, que por tal razón se estructuró de manera autónoma de los órganos de la función judicial; permitiendo, en lo sustancial, reconocer la infalibilidad de las actividades de la administración pública; esto es, reconoce el derecho de los particulares para recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a impugnar las decisiones de la administración pública que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimo.

El recurso contencioso administrativo entonces, instituye a la jurisdicción contencioso administrativa como órgano encargado de efectuar el control de la legalidad de las actuaciones administrativas (artículo 1 y 2 de la LJCA); en efecto, establece la existencia de dos recursos que asisten a los administrados para atacar las decisiones administrativas, el de plena jurisdicción o subjetivo, que ampara el derecho personal del recurrente que ha sido negado, desconocido o no reconocido, total o parcialmente por el acto administrativo impugnado; y el recurso de anulación objetivo (o por exceso de poder), tutelar de la norma jurídica objetiva, de orden administrativo que se orienta a lograr la nulidad de norma jurídica con rango inferior a la ley. En el primer caso, tiene que justificarse el derecho vulnerado; y en el segundo, la existencia de un interés legítimo y directo relativo a la aplicabilidad de la norma jurídica que se ataca (Art. 3 LJCA).

Sin lugar a dudas, al caso que fuera materia de la controversia procesada en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cuenca, no le son aplicables los artículos 1, 2, 3, 6 y 23 de la LJCA, puesto que tales disposiciones corresponden únicamente, a los recursos impugnatorios propios de la jurisdicción contencioso administrativa referidos en el artículo 3 de la LJCA.

En efecto, como hemos dicho y sostiene también el casacionista la materia que corresponde al juicio de instancia deviene de una relación contractual entre la parte actora y la parte demandada del juicio de instancia, no se trata pues de ningún recurso impugnatorio de los que corresponden al subjetivo de

plena jurisdicción o al de anulación objetivo; se trata como se ha dicho, de una controversia proveniente de relaciones contractuales entre CELEC y la empresa ASTEC.

Debe recordarse además que el Código Orgánico de la Función Judicial fue promulgado en Suplemento de R.O No. 544 de 9 de marzo del 2009, en el que, su artículo 217 determinó las competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; entre ellas la contenida en su numeral 15 que le atribuye competencia sobre las demás controversias que de manera general establezca la ley. Es de señalar que el Consejo de la Judicatura en Resolución publicada en el R.O 276 de 10 de septiembre del 2010 ratificó las competencias de los señalados Tribunales.

En ese contexto, es aplicable al caso, lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley Reformativa al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que fuera promulgada en el R.O 483 de 28 de diciembre de 2001, el cual establece que:

Art. 38. Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de los Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público (¼)

El artículo 2 de dicha Ley al reformar el artículo 65 de la LJCA refiere *que " 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"*; normas que sin duda alguna, dejaron establecida la competencia de tales Tribunales Distritales para conocer y resolver las controversias relacionadas con la contratación pública; sea aquellas por las cuales los administrados impugnan actos administrativos que emanan de cuestiones relativas a la contratación pública, en sus fases previas o en sus fases de ejecución.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada en suplemento del R.O 395 del 4 de agosto del 2008, en su artículo 105 establece que las controversias derivadas de la contratación pública, que las partes no concuerden someterlas a procedimientos de mediación y arbitraje, y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

En el presente caso, la sentencia recurrida en su consideración SEGUNDA confirma la competencia para conocer y pronunciarse sobre el fondo de la controversia en atención a lo que dispone los artículos 31 y 217 numerales 1 y 4 del COFJ; artículo 10 literal a) y 65 de la LJCA; artículos 100 y 105 de la LOSNCP y 163 de su Reglamento; estableciendo, además que en el caso, por cuanto las partes no llegaron a entendimientos en el procedimiento de mediación; y que, eso habilitaba, conforme el contrato, acudir a la jurisdicción asignada al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo

No. 3 con sede en Cuenca; estableciendo, su competencia para conocer las controversias que se susciten al respecto.

Tal decisión tiene sustento en lo que ordena el primer inciso del artículo 162 del COFJ. Consecuentemente, no se ha justificado la aplicabilidad al caso de los artículos 1, 2,3,6 y 23 de la LJCA, por cuanto la controversia dice relación a un conflicto judicial derivado de la ejecución de contratos públicos; como ha quedado establecido; si bien, el artículo 65 de la LJCA refiere a la temporalidad para la presentación de recursos impugnatorios planteados en contra de decisiones administrativas; también contiene la habilitación temporal para la presentación de demandas relacionadas a las controversias que pueden surgir en materia de la contratación administrativa; a la cual, se sometieron de modo expreso las partes; de modo que, en cuanto a esta última disposición no existe información alguna por la cual el casacionista haya justificado la trascendencia de su aplicación.

En cuanto a la falta de aplicación de la Resolución 04-2015, promulgada en el Suplemento del R.O No. 513 de 2 de junio de 2015, debe determinarse que el elemento subjetivo al que se refiere tal resolución dice relación a que una de las partes debe ser un órgano de la administración pública; sin que su normativa, haga distinción alguna en el sentido de que tal Administración deba ser actora o demandada; en efecto, la Administración Pública puede actuar, según el caso que corresponda, sea en calidad de actora o comparecer en calidad de demandada; la tutela judicial efectiva también se relaciona a los derechos que surgen de las relaciones jurídicas entre la Administración Pública con los particulares, y las controversias respecto del cumplimiento o no de sus obligaciones permiten la observancia del derecho a someter las controversias a la decisión de los jueces; y es en los procesos judiciales que tiene que justificarse la legitimación activa o pasiva y los derechos que asisten a cada una de las partes.

En el caso es evidente que la entidad actora es una empresa pública la cual en los términos del artículo 225.3 de la Constitución de la República pertenece al sector público; consecuentemente, el análisis referido sobre la falta de aplicación de las normas analizadas anteriormente sirve también para el caso de la Resolución que se denuncia como infringida, lo propio ocurre con la falta de justificación de la trascendencia de la aplicación de esa norma que podría hacer variar la decisión del Tribunal de instancia, que de modo adecuado ha establecido su competencia para el conocimiento y resolución de la controversia judicial.

Con relación a la falta de aplicación del artículo 162 del COFJ sin duda alguna la sentencia materia del recurso, como hemos dicho, en su consideración segunda al pronunciarse sobre su competencia y su aplicación inferencial de tal norma legal que precisamente establece que en el caso de que el juez

no sea naturalmente competente para conocer un asunto puede llegar a serlo, si para ello, las partes hayan convenido expresa o tácitamente en prorrogarle la competencia territorial.

En el caso, el pronunciamiento del Tribunal de instancia determina el pronunciamiento expreso de las partes respecto de la competencia que tiene el Tribunal emisor del fallo recurrido para conocer el caso.

El artículo 240 del COFJ refiere la competencia de los juzgados de lo civil; disposición que, en el caso, su aplicación carece de trascendencia por cuanto se ha determinado que la competencia para el conocimiento de la causa radicó en el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca.

Se arguye también la errónea interpretación del artículo 173 de la Constitución, disposición que, consagra el derecho que tienen los administrados para impugnar en vía administrativa o judicial cualquier acto administrativo que proviene de autoridad pública; no obstante, no existe argumento en el cual se haya determinado la correcta aplicación de tal norma, pero el desvío que, sobre su alcance haya servido para el pronunciamiento del Tribunal de instancia; como tampoco se ha determinado cuál debió ser el alcance de la correcta interpretación que debió determinar el casacionista. Más allá de eso resulta claro para esta Sala que la disposición no es en realidad aplicable al caso en el cual ningún administrado ha impugnado acto administrativo alguno emitido por la administración pública; por lo que, es improcedente el modo de infracción analizado.

6.1.7.4 Sostiene el recurrente que la LJCA establece la existencia de los recursos impugnatorios subjetivo o de plena jurisdicción y el de anulación objetiva, por lo que, en el caso, la sentencia reprochada ha incurrido en la falta de aplicación de los artículos 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil y 58.J de la LJCA; e indebida aplicación del artículo 30 de la LJCA.

El artículo 59 del Código de Procedimiento Civil establece que las controversias judiciales, que según la ley no tienen procedimiento especial deben ventilarse en juicio ordinario. El artículo 1014 del mismo Código ordena que la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se juzga, anula el proceso; debiendo el juzgador declarar su nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que la violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa.

Asegura también que la sentencia ha omitido la aplicación del artículo 58.J) de la LJCA; al respecto, debe señalarse que la disposición legal que se afirma como infringida no forma parte de la LJCA; puesto que, el artículo 58 de la misma Ley contiene un solo inciso, que regulaba el término para la contabilización del abandono del proceso judicial; no obstante, mediante Decreto Supremo No. 611 promulgado en R.O No. 857 de 31 de julio de 1975; a continuación del mencionado artículo 58 se introdujo un capítulo adicional a la Ley que se viene citando que está contenida en 10 artículos innumerados; todos los cuales se refieren a las excepciones al procedimiento de ejecución coactiva y

de su trámite; disposición que, por tal razón no puede corresponder al análisis del recurso de casación en estudio.

Respecto de las otras dos disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debe reiterarse como se ha señalado ya en párrafos anteriores que al haberse fijado la competencia en un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para el conocimiento y resolución del asunto, se ha establecido también que el trámite a seguirse en el caso, es el contenido en la LJCA que refiere a todos los asuntos asignados a la competencia de tales Tribunales; de modo que, carece de sentido, alegar la falta de aplicación de tales disposiciones legales que ciertamente no informan el proceso judicial a cargo de los mencionados Tribunales Distritales, por consiguiente, ha de reiterarse que esas normas legales, no son aplicables al caso, siendo por tanto, improcedente, por este extremo, el modo de infracción analizado.

Sobre la indebida aplicación del artículo 30 de la LJCA, la casacionista argumenta que el Tribunal cometió una grave violación procesal calificando la demanda conforme los requisitos del artículo 30 de la LJCA, ya que la demanda de CELEC no contenía los requisitos establecidos en la mencionada Ley, porque: i) no existe una autoridad pública demandada de quien emanó el acto administrativo que se impugna, ii) no se ataca un acto administrativo, iii) no se señaló la reclamación administrativa y iv) no se menciona cuál es el trámite que debe darse a un proceso de daños y perjuicios nacidos de una relación contractual.

Respecto del fundamento anotado la Sala debe dejar establecido que el alcance del artículo 30 de la LJCA debe ser entendido en el sentido de que tales requisitos, son aplicables exclusivamente a los recursos contenciosos administrativos impugnatorios, ya que ese fue el propósito, al tiempo de la expedición de la mencionada Ley; por manera que, cuando mediante leyes posteriores se establecieron nuevas competencias asignadas a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, como es el caso, del conocimiento y resolución de los conflictos que provienen de la contratación administrativa, es obvio que tal norma debe entenderse, al tenor de lo que dispone el artículo 77 de la LJCA que establece que en todo lo no previsto en ella, en lo que fuere pertinente han de aplicarse las normas del Código de Procedimiento Civil; por manera que, en el caso, la aplicación del artículo 30 que se invoca como vulnerado, carece de sustento jurídico; tanto más que el trámite que contempla la LJCA, es el mismo que se observa para todos los procesos cuya competencia ha sido atribuida a los Tribunales Distritales; salvo el caso de las excepciones a la coactiva, prevenidos en las disposiciones incorporadas a continuación del artículo 58 de la misma Ley.

6.1.7.5 También se alega la falta de aplicación del artículo 76 numeral 7 literal j de la Constitución que establece que quienes actúen como testigos o peritos en los procesos judiciales estarán obligados a

comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo. Señala el casacionista que el modo de infracción que denuncia lo hace también de manera subsidiaria, en caso de que se considere que el Tribunal Contencioso Administrativo es el competente en razón de la materia para resolver la controversia; y, de considerarse que en el proceso no existe violación de trámite; puesto que, en el juicio tramitado en instancia hubo violación procesal que dejó en indefensión a su representada, por lo que debe declararse su nulidad.

Que, CELEC solicitó que se oficie a la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Azogues para que remita copia certificada del proceso de diligencia previa de inspección judicial No.03333-2014-342G seguido por dicha entidad en contra de ASTEC; en el que consta el informe pericial presentado por el señor Cesare Covri; y, el presentado el 16 de marzo del 2015 por el perito Rodrigo Zeas.

Que, ASTEC solicitó en su escrito de prueba que se convoque a una audiencia de peritos para ejercer su derecho a la defensa y proceder con el interrogatorio pertinente de conformidad a dicha norma; petición que no fue atendida por el Tribunal.

Que, el fundamento probatorio de la sentencia de la que recurre se sustenta en dichos informes.

Sostienen también que la comparecencia de los testigos debió verificarse en una audiencia convocada por los juzgadores para ese efecto, lo cual no aconteció.

De la revisión del proceso se evidencia que la entidad actora del juicio en el período de prueba solicitó al Tribunal que se oficie a la mencionada Unidad Judicial la remisión de copia certificada de la diligencia de inspección con los peritajes que fueron presentados en tal actuación judicial. Se aprecia asimismo que la ahora casacionista, solicitó en escrito de 13 de junio del 2016, que se convoque a audiencia para interrogar a las personas que actuaron en calidad de peritos en la diligencia previa cuya copia había sido solicitada. El Tribunal en providencia de miércoles 15 de junio del 2016, de modo previo a atender tal pedido concede a la peticionaria un día para que remita el respectivo interrogatorio; esto es, hasta el jueves 16 de junio de ese año; no obstante, en escrito de 20 de junio se solicitó la revocatoria de la providencia en lo referente a la disposición de que se presente el interrogatorio. El juzgador en auto de 11 de agosto del 2016 niega la petición de revocatoria solicitada por la empresa demandada, señalando que es atribución del juzgador determinar los periodos de tiempo en que deben cumplirse sus disposiciones; y que si no se cumplen por parte del requerido, estos no pueden ser atendidos favorablemente si dicha parte los incumple; por lo que, si el accionado pretendía que se atiende su prueba, debía cumplir lo dispuesto por el juzgador, sin que pueda beneficiarse de su inacción; estima así mismo que, una prueba actuada en un proceso civil, que es distinto al que se tramita en el Tribunal no puede atenderse como prueba testimonial en otro diferente; que la prueba debidamente actuada es la que se califica como pertinente dentro de la causa que se

tramita y no aquella realizada en otro proceso, razón por la cual niega la revocatoria y dispone no atender la prueba solicitada por la accionada.

Debe señalarse al respecto de la denuncia relativa a la falta de aplicación de la norma, que ella establece que los peritos están obligados a comparecer ante los jueces y a responder el interrogatorio respectivo; disposición constitucional que no establece que para ese efecto deba generarse una audiencia; pues, señala la obligación de responder al interrogatorio correspondiente al tiempo de que el juez disponga su comparecencia; la cual, es potencialmente factible efectuarse en audiencia en la cual debe contestar el interrogatorio que se formule al respecto; siendo factible también, que el interrogatorio se lo formule por escrito, caso en el cual la contestación al interrogatorio puede ser contestada de la misma forma. El juzgador tomó la decisión de solicitar la remisión del interrogatorio; lo cual, fue objeto del cuestionamiento de la demandada en el juicio de instancia; que mereció la contestación que se ha dejado especificada.

Con relación a este modo de infracción, es preciso señalar también que si bien se señaló se acusó la falta de aplicación de dicha norma, el recurso, no ha determinado qué disposición normativa ha sido indebidamente aplicada, sin que tampoco, se haya determinado la trascendencia que la aplicación de la norma omitida, tendría para variar la decisión de la causa, razón por la cual, el recurso por este extremo es improcedente.

6.2 ANÁLISIS DEL RECURSO REFERENTE A LA CAUSAL QUINTA DEL ART. 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

La causal invocada, ordena como causal de casación:

5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.

6.2.1 La motivación es una obligación que tiene todo órgano público, y los órganos judiciales dentro de ellos, a fin de que sus decisiones contengan las explicaciones necesarias que permitan a las partes, principalmente, comprender el alcance de la resolución adoptada por el juzgador.

6.2.2 La motivación no es el elemento de forma; al contrario, es un requisito esencial para el valor mismo de la decisión pública, pues permite proscribir la arbitrariedad judicial, obligando a quien juzga a sustentar las razones por las cuales se decanta de tal manera, para dirimir la controversia puesta a su conocimiento y decisión. Adicionalmente, la adecuada motivación, permite a quien va dirigida la

decisión, conocer el por qué sus derechos o intereses han sido negados, desconocidos o no reconocidos; lo cual le habilita el ejercicio de otros derechos, como es el de impugnar las resoluciones contradiciendo los argumentos en los que se sustenta el fallo.

6.2.3 Desde luego que, atendiendo la disposición del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, es indispensable que la motivación permita la adecuada subsunción entre la verdad material obtenida de las pruebas aportadas al juicio, con las normas jurídicas pertinentes, llamadas a dar solución a la controversia respectiva; de cuyo análisis debe surgir la conclusión final contenida en la decisión sobre el caso.

6.2.4 La Corte Constitucional (Sentencia No. 1507-15-EP/21), ha dejado establecido que la ^a *garantía de la motivación no se refiere a la corrección del razonamiento judicial, sino, exclusivamente, a explicitar de forma suficiente los fundamentos de la decisión adoptada*^o. El requisito de motivación, estructura un mecanismo de proscripción de la arbitrariedad, y la exigencia de la explicación de las decisiones de las autoridades públicas, determina la posibilidad de que las personas a las que se dirige la resolución, en caso de que quieran ejercer su derecho de contradicción o de impugnación, conozcan de antemano los razonamientos públicos, a fin de que el ejercicio y defensa de sus derechos pueda ser expedito y sustentado. En ese contexto, la motivación debe ser suficiente para explicar cuáles son los hechos que procesalmente han sido probados; así como las razones por las cuales las normas o principios jurídicos aplicados, en el caso, por el juzgador, son pertinentes para dirimir la controversia que enfrenta a las partes del proceso judicial.

6.2.5 Es importante mencionar 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”*^o 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.

6.2.6 La Corte Constitucional a través de la Sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, identificó los tipos de deficiencia motivacional:

Inexistencia: Ocurre cuando la resolución no contiene una fundamentación normativa y una fundamentación fáctica.

Insuficiencia: Este vicio motivacional sucede cuando no se cumple con el estándar de suficiencia, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021 indicó lo siguiente: " 61. En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. Esto quiere decir lo siguiente: 61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "A mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas" O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, "[l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a "la mera enunciación inconexa [o "dispersa" 40] de normas jurídicas" sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso. 61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "A motivación no se agota con la mera enunciación de [1/4 los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados] " sino que, por el contrario, "Aos jueces [...] no motiva[n] su sentencia [1/4 si] no se analizan las pruebas " En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "A mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas" sino que se debe: "Exponer [1/4] el acervo probatorio aportado a los autos" "A mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "A permitir conocer cuáles son los hechos" Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes." (El énfasis nos corresponde).

Apariencia: Este vicio ocurre cuando parece que la sentencia es suficiente en lo fáctico y en lo normativo, la actual jurisprudencia constitucional señala varios casos para que una sentencia sea considerada como aparente, puede ser incoherente, inatente, incongruente e incomprensible.

La argumentación es incoherente, cuando existe contradicción entre las premisas o en la conclusión final y la decisión a la que arriba el Tribunal que emite la sentencia impugnada, es inatente cuando se exponen argumentos que no guardan relación con el asunto controvertido y con la conclusión final, es incongruente porque no se ha dado contestación a los argumentos expuestos por las partes procesales y que son relevantes o cuando no se ha dado contestación a algún asunto que la ley o la jurisprudencia exige abordar para resolver el caso y es incomprensible, cuando el fallo no contiene explicaciones claras y que sean de fácil comprensión.

6.2.7 Motivación.- El casacionista fundamenta la existencia de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación en la falta de motivación de la sentencia, sustentando los pronunciamientos que respecto de la motivación han sido formulados por la Primera Sala de lo Civil de la Ex Corte Suprema de Justicia, por la Corte Constitucional; refiriendo al derecho a la tutela judicial efectiva relacionado con el derecho al debido proceso; entre ellas, la obligación de la administración pública de motivar las resoluciones que sean proferidas por sus órganos conforme lo dispone el artículo 76.7 letra l del texto constitucional, como el artículo 130. 4 del COFJ, de lo que se colige que sus argumentos se encaminan a determinar que la sentencia es insuficiente en su fundamentación fáctica y jurídica.

6.2.7.1 Afirma que la sentencia impugnada debe cumplir el requisito de razonabilidad prevenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y que, la Corte Nacional debe verificar que las fuentes de derecho aplicadas y los criterios vertidos se ajusten a dicho estándar; sosteniendo que la sentencia incumple tal requisito; puesto que, al señalar que la tramitación del proceso judicial no se ha omitido solemnidad sustancial alguna y que las partes han ejercido a cabalidad su derecho a la defensa, por lo que declara su validez; sin tomar en consideración que en su excepción tercera alegó la nulidad del proceso por violación del trámite; por manera que dice, que al rechazar de plano su alegación, ello supone una violación al debido proceso, puesto que no señala norma que le permita llegar a la conclusión de que el proceso no debía tramitarse por vía ordinaria.

Al respecto la Sala en varios párrafos referentes a la causal segunda ha hecho un claro análisis sobre los planteamientos que sirven de fundamentación al recurso de casación sobre la misma materia que ahora se alega en la causal en estudio; habiendo concluido que la actuación, del Tribunal de instancia en torno a este aspecto, está sustentada en derecho; por lo que, bajo la misma línea resulta claro que la

sentencia no incurre en el vicio motivacional referente a la razonabilidad.

6.2.7.2 Afirma también que respecto a su excepción de falta de derecho sustantivo que ampare las pretensiones del actor decide con una inaceptable afirmación de una falta de derecho de acción del actor, valoración que nada tiene que ver con la excepción deducida por ASTEC, lo cual es carente de toda razonabilidad y que, ello constituye una violación a las reglas de la lógica.

Arguye que formuló la excepción de improcedencia de la demanda, la cual fue admitida por cumplir con los requisitos respectivos; excepción que procede por falta de derecho para plantearlas o inadecuación de la vía procesal, sin darse cuenta que no se ofrece fundamento jurídico alguno; que la excepción de improcedencia tiene relación con la forma errónea de proponer la demanda.

El Tribunal no expone fundamento alguno cuando no explica su conclusión respecto a la captación del aprovechamiento San Antonio, lo propio ocurre en el pronunciamiento relativo a la construcción de diques a 50m, lo cual es carente de motivación debido a que considera que al no haber sido un gasto previsto en el diseño original pese a que CELEC pidió una recomendación al respecto, que es responsabilidad de ASTEC correr con esos gastos, lo cual es contrario a la lógica, ya que no está fundamentado en norma alguna. Que en el considerando ^aDECIMO SEGUNDO^o se exponen los fundamentos jurídicos que sustentan la decisión del Tribunal y que, la norma citada en ese considerando corresponde a una Ley argentina inaplicable al caso; que enuncia varias normas relativas a la responsabilidad de los consultores, que no corresponden al ordenamiento ecuatoriano.

Que, en el Ecuador no existe un solo cuerpo normativo que contenga la frase ^alas soluciones que se aconsejen^o que se refiere en el considerando DÉCIMO TERCERO. Que, el Tribunal menciona que tal premisa contempla la responsabilidad civil del consultor distinto o posiblemente mayor que la responsabilidad común del derecho privado, sin explicar esa distinción, recurriendo a los criterios de Rodolfo Carlos Barra, autor argentino que comenta leyes argentinas.

También señala que el Tribunal dice que la responsabilidad del accionante como consultor independiente, de que haya sido contratado en varias ocasiones no se extingue por más de que haya entregado el proyecto y los productos esperados en la consultoría original y en sus complementarios; que, el artículo 100 de la LOSNCP mantiene sin extinguir hasta por cinco años, la responsabilidad del consultor, hasta que no se verifique la existencia de un perjuicio, fundándose en la doctrina del mencionado autor, que sostiene que la responsabilidad del consultor se aprecia principalmente, o las consecuencias que haya producido su consejo; es decir, que para el Tribunal, el consultor es indefinidamente responsable porque la obra ejecutada bajo sobre su consejo podría colapsar, sin tomar en cuenta otro elemento eximente de responsabilidad. Se refiere también a las citas realizadas a Plianol Ripert, que se refiere a la existencia de casos en los que no es necesario analizar el elemento

de culpa para determinar responsabilidad, lo cual es impertinente en el sistema de responsabilidad ecuatoriano.

De la última fundamentación formulada por el recurrente la Sala puede apreciar que no existe una sustentación que justifique la existencia de los defectos en la razonabilidad que alega el casacionista; en razón de que los argumentos citados constituyen en realidad un alegato del desacuerdo del casacionista con la decisión que cuestiona mediante el recurso de casación que se analiza; lo que conduce a estimar que la pretensión se orienta a que se haga una corrección de los sustentos efectuados por el Tribunal en los considerandos que refiere el recurrente a fin de lograr una sentencia que acepte tales argumentos; para lo cual no está establecida la causal quinta.

Sobre el requisito de lógica señala que los razonamientos del Tribunal no contienen premisas normativas y fácticas que justifiquen sus conclusiones, ya que sus argumentos adolecen de falacias y saltos lógicos que resultan en una decisión arbitraria.

Refiere varios casos en los que tomando sin contexto pronunciamientos parciales que obran del fallo como premisa a; formulando como premisa b el criterio de la recurrente; la cual concluye para sostener como conclusión las opiniones que sobre cada caso que ahí se determinan tiene el recurrente.

6.2.7.3 La Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No. 227-12-SEP-CC de 21 de junio de 2012, estableció un test de motivación, encaminado a determinar la existencia o no de este deber constitucional atribuido a todos los órganos del poder público conforme el artículo 76.7 letra l de la Constitución de la República; deber que conforme el artículo 66 numeral 23 del mismo texto supremo también constituye un derecho de las personas.

Este test hace relación a la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad; que son elementos que conforman la motivación que debe contener toda decisión de carácter administrativa o judicial; la razonabilidad es un elemento sustancial de la motivación que se sustenta en el establecimiento de las razones de carácter jurídico que conducen al juzgador a subsumirlas en los hechos resultantes del proceso judicial a su cargo; constituyen pues, la justificación racional del proceso mental de subsunción entre la premisa mayor contenida en la norma jurídica, la premisa menor relacionada a los antecedentes fácticos del proceso; cuya subsunción ha de tener un resultado de certeza en la decisión. El elemento de la lógica hace relación a la coherencia que debe existir entre la normativa jurídica con los precedentes fácticos del caso; y, la comprensibilidad, es una exigencia que tiene como propósito que toda resolución pública debe expresarse en un lenguaje claro que permita en primer momento, que las partes a las que va dirigida la decisión puedan entenderla de manera fácil; y, en un segundo momento para que el contenido de las decisiones sea comprendido también por cualquier persona que tenga interés en conocer la decisión relacionada con el caso.

Nótese entonces que ese primer elemento se refiere a la debida aplicación de las normas jurídicas a los hechos evitando de esta manera la arbitrariedad o el decisionismo de quien emite la resolución; por lo que, la explicación racional de su uso debe tener el mayor grado de certeza. La lógica en cambio tiene que ver con la debida expresión del pensamiento, con la construcción de argumentativa que cohesione la norma jurídica con los hechos; para lo cual, los justificativos de esa subsunción deben ser correctos; y, la comprensibilidad, como hemos dicho, se refiere a que los razonamientos, la coherencia, en resumen, el análisis del caso debe ser entendido de manera sencilla.

El test de motivación ha sido superado por la Corte Constitucional al emitir su Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, a la que nos hemos referido en los párrafos 6.2.5 y 6.2.6 de este fallo.

No obstante, la Sala al hacer la revisión de la sentencia recurrida puede determinar que el Tribunal de instancia hace un repaso de los argumentos vertidos en la demanda y contestación a la demanda, para luego, ratificarse en la competencia para el conocimiento y resolución del caso y resuelve las excepciones presentadas por la demandada. A partir del considerando DÉCIMO, se halla el análisis de la controversia respecto a la procedencia o no de la pretensión de la entidad accionante, que radica en determinar si el consultor es responsable por los perjuicios que alega el accionante en la ejecución de los contratos suscritos. Sobre la base de la pretensión de la parte actora, el Tribunal de instancia realiza una evaluación de los medios probatorios aportados por las partes procesales, para luego, en aplicación de las disposiciones jurídicas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, así como el Código Civil, concluir en que existen perjuicios económicos y técnicos en la ejecución del contrato de construcción del Proyecto Dudas Mazar imputables a la parte accionada; por lo que, el Tribunal de instancia reconoció que se debe indemnizar a la entidad accionante.

6.2.7.4 De lo expuesto, la Sala puede determinar que el fallo reprochado deja determinado las normas jurídicas, que a su juicio corresponden ser aplicadas a los hechos resultantes del proceso judicial conocido por tal Tribunal, generando la subsunción coherente y, estableciendo el resultado de la controversia judicial, sometida a la decisión judicial que se cuestiona; de lo que se infiere, que la motivación contenida en la sentencia recurrida no contiene vicios en su razonabilidad, y en la coherencia de su análisis, como en la decisión que con sustento en estos elementos ha estimado pertinente.

Sin embargo, debe decirse que el actual estándar de motivación aplicable a estos casos ha establecido que las sentencias deben contener una estructura mínima completa, lo cual equivale a una fundamentación jurídica suficiente y a una fundamentación fáctica suficiente puesto que en ella se encuentra la justificación jurídica de la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto y el

razonamiento relativo a los hechos que han sido probados en el juicio de instancia; de lo cual se infiere, que existe una motivación suficiente; tanto más que las denuncias que en torno a la causal formula la casacionista demuestran precisamente esa suficiencia motivacional; pudiéndose además señalar que la fundamentación del recurso contiene en realidad un alegato de su total desacuerdo con la decisión que ataca; y, en torno a sus argumentos se puede extraer sin dificultad que su pretensión se orienta a requerir la corrección de la decisión de instancia; lo cual no es pertinente en el vicio analizado; por lo que, se estima la improcedencia de la causal estudiada.

6.3 ANÁLISIS DEL RECURSO REFERENTE A LA CAUSAL TERCERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

La causal invocada, ordena como casual de casación:

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

6.3.1 La causal denunciada como vicio afectador de la legalidad de la sentencia recurrida, se refiere a la llamada violación indirecta de norma sustantiva, la cual se produce por efecto de la infracción de preceptos que dicen relación a la valoración de la prueba. En efecto la causal tiene elementos complejos que combinan, inicialmente, por la violación de preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba; es decir, de normas procesales; las que, cuando su presencia ha sido evidenciada por el juzgador, de ^arebote o por carambola^o, vulneran normas jurídicas sustantivas, sea que se haya generado una equivocada aplicación o la no aplicación de éstas.

Es por esta razón que el recurrente tiene que fundamentar y justificar, en su recurso, cuál es él o los, preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba que han sido violados por el Tribunal Distrital y cómo dicho error, ha sido medio para producir la vulneración de norma sustantiva.

6.3.2 Este Tribunal de Casación en diversas sentencias ha manifestado que para que prospere esta causal el recurrente tiene: ^ai) que identificar la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital infringió el ordenamiento jurídico; ii) que se indique las normas procesales que se estima infringidas; iii) que se demuestre cómo el Tribunal incurrió en la infracción; iv) se señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente y la manera en que esto último se ha producido^o. (*Resolución No. 190-2015 de 29 de mayo de 2015, recurso de casación 235-2011; Resolución No. 56-*

2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 542-2011; Resolución No. 53-2015 de 20 de enero de 2015, recurso de casación 308-2010).

6.3.3 La doctrina, respecto de las potenciales vulneraciones de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, ha señalado que en el Ecuador no opera el sistema de valoración de la prueba relativo al de errores de hecho, ya que, en materia de casación se adoptó, en la Ley de Casación, el sistema puro que opera cuando la legislación se encarga de regular el valor de las pruebas que pueden ser solicitadas, practicadas y admitidas en un proceso judicial; por manera que, es la violación de estas normas las que pueden incurrir en los modos de infracción que trae la causal (*Ver: La Casación Civil en el Ecuador. Santiago Andrade. 2005. UASB. Pág. 150 a 152*); siendo, la primera parte de la causal, una violación directa de esos preceptos jurídicos de orden instrumental; las que, de modo indirecto, conducen a la violación de norma sustantiva, sea por equivocada aplicación o inaplicación de normas jurídicas materiales. Ello hace concluir dice la cita, que, para que la causal sea viable es necesario que exista ^a expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba^o.

6.3.4 Motivación. - En su recurso, el casacionista relativo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación asegura que la sentencia de la que recurre adolece del vicio de falta de aplicación del segundo inciso del artículo 115 y, del artículo 117 del Código de Procedimiento Civil; y, de la Disposición 408-20 del Acuerdo No. 039-CG, vicio que ha conllevado a la errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil.

La causal tercera refiere al denominado error en la valoración de las pruebas; por lo que, el recurso es procedente cuando las normas jurídicas que regulan las distintas pruebas reconocidas en el Código de Procedimiento Civil (documental, material, testimonial y pericial). La objetividad de la prueba y su valoración, pertenecen al ámbito soberano del juez de instancia; de modo que, aquella no puede ser alterada; de modo que el juez de casación está impedido de hacer una nueva valoración de la prueba; fundamentalmente por cuanto aquello podría conducir a que la casación se transforme en una tercera instancia; cuestión que no es de su propósito. La casación como recurso extraordinario tiene como propósito el control de la legalidad de las decisiones judiciales susceptibles de ese recurso; control que se dirige a valorar si en la decisión judicial de instancia se han vulnerado normas de derecho que vulneran la prueba.

La causal trae el denominado vicio de violación indirecta de normas sustantivas y contienen en realidad dos momentos: a) la denuncia de que en la decisión judicial a la que se ataca ha incurrido en los modos de infracción que trae la norma y que regulan la valoración de las pruebas actuadas en el proceso de instancia; para lo cual, es obligación del casacionista identificar de modo preciso el o los

medios de prueba que han sido valorados; para luego, determinar las normas jurídicas que han sido infringidas en la resolución que se reprocha y que deben corresponder a cada uno de tales medios valoratorios; debe igualmente el casacionista demostrar con razonamientos lógicos-jurídicos en qué consiste la vulneración de esas normas; y, justificar cuál es la equivocada o absurda valoración de cada una de las pruebas; finalmente, cuando se hayan justificado los requisitos anteriores debe demostrarse que esa vulneración de tales normas de valoración han conducido a violar normas jurídicas materiales que hayan provocado la equivocada aplicación o la omisión de la aplicación de aquellas

En resumen, el defecto de valoración de la prueba se produce en el evento de que se hayan violado por indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación las normas que regulan la admisibilidad, la pertinencia y la eficacia de la prueba actuada en el juicio; defectos que pueden producirse también en el caso de que el juzgador haya valorado pruebas no incorporadas al proceso, no pedidas en él, presentadas o no practicadas, entre otras.

6.3.4.1 Afirma el casacionista que el caso tercero lo formula de manera subsidiaria, en caso de que no se haya considerado la procedencia de los casos segundo y quinto.

El artículo 115 segundo inciso del CPC y el artículo 117 ibídem, disponen:

Art. 115 (¼) El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

Art. 117 Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

Agregando el recurrente que de no hacerlo hay una violación a las reglas de la sana crítica e igualdad procesal.

Afirma que el Tribunal Distrital no valoró todas las pruebas agregadas al proceso, violándose por falta de aplicación la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 115 del CPC, lo cual incluso provoca la inexistencia de motivación, violando el artículo 76.7 letra 1 de la Constitución de la República.

Formula un resumen de ^a las pruebas mas relevantes para demostrar que ASTEC no es culpable por la inviabilidad del proyecto hidroeléctrico, no controvertida y que constan del proceso, junto con el detalle de su actuación y que evidencia que los daños fueron ocasionados por CNE EC y CELEC. Ninguno de estos elementos probatorios fueron analizados por el Tribunal^o el recurrente cita quince documentos señalando su número y fecha con un relato de su contenido; afirmando que este pequeño enunciado de pruebas no han sido valoradas; y que, si se hubiesen valorado todas las pruebas

aportadas en el juicio, no se hubiere concluido que el proyecto ha sido elaborado solo en base a los diseños efectuados por ASTEC; que el proyecto fue inviable debido a los diseños de la contratista; y que, ASTEC es ciento por ciento responsable de la inviabilidad del proyecto; lo cual determinó que se interprete erróneamente el artículo 1572 del Código Civil y se determine un nexo causal entre el supuesto incumplimiento contractual de ASTEC y los daños provocados, cuando el mismo no existe y por ende ASTEC no puede ser responsable de los daños ocasionados.

Al respecto la Sala estima que el casacionista, en la enumeración de las pruebas documentales que refiere en su recurso, como ha identificado prueba documental, señalando que esta no ha sido valorada en la sentencia de instancia; sin embargo, no indica en qué escrito presentado por el demandado, o por la actora fue solicitada esa prueba, como tampoco señala la providencia en la cual los juzgadores de instancia admitieron la misma y, que hechos se pretendían probar con tales documentos.

No identifica, tampoco, la norma legal que regula la valoración de las pruebas cuyos defectos de valoración asegura se han producido en la sentencia recurrida; aspecto que, se agrava cuando no determina la disposición jurídica que no ha sido aplicada, ha sido indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; situación que por efecto del principio dispositivo, aplicable en estricto a la casación, resulta determinante toda vez que, de oficio, el Tribunal no puede referirse a vicios que no han sido regularmente fundamentados.

No hace una relación lógico-jurídica de la relevancia que cada una de las pruebas documentales a las que se refiere ha tenido en el caso y que son, las generadoras de la existencia del vicio y modo de infracción alegado.

6.3.4.2 Es verdad que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, en su segundo inciso, señala que las pruebas deben ser valoradas en su conjunto; ello significa que las pruebas que se aportan en el juicio tienen como propósito justificar la existencia de los hechos referidos por cada una de las partes procesales, ya que en la demanda y su contestación se hace referencia a los fundamentos fácticos que de acuerdo a las partes deben ser analizados por el juzgador; en consecuencia, la valoración conjunta se refiere a cada uno de esos hechos; que además deben ser relevantes para efectos de la decisión; ya que existen otros que resultan irrelevantes, es decir, que no abonan la fuerza suficiente para el contenido del análisis para la decisión.

Adicionalmente, la mencionada norma del CPC contiene en realidad un precepto que de ninguna manera deja de lado la obligación del casacionista de identificar las normas que regulan cada una de las clases de pruebas referidas en el CPC, en concordancia con las normas relativas a las pruebas previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En ese contexto, las pruebas a las que se refiere el casacionista están dentro de las denominadas pruebas documentales que en el Código

de Procedimiento Civil están referidas como instrumentos públicos e instrumentos privados, que contienen disposiciones regulatorias relativas a la valoración de tales medios probatorios; a ninguna de las cuales ha hecho referencia el recurso de casación analizado; situación que permite concluir que en el caso no se ha justificado el primer presupuesto que trae la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación relacionada a modos de infracción de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; lo cual impide que pueda producirse el segundo presupuesto de tal causal relacionada a la vulneración ^ade carambola^o de normas de derecho sustantivo; con lo cual, es evidente la improcedencia del yerro analizado que habría conllevado a la errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil.

6.3.4.3 Respecto de la falta de aplicación del artículo 117 del CPC, de la falta de aplicación de la Disposición 408-20 del Acuerdo No. 039-CG, que habría conducido a la errónea aplicación del artículo 1572 del Código Civil, el accionante afirma que la norma primeramente nombrada, determina que solo la prueba debidamente actuada, que es la que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley hace fe en juicio, asegura el casacionista ha solicitado que CELEC remita al proceso la totalidad de las comunicaciones cruzadas entre contratante, contratista y fiscalizador del contrato desde el inicio del proyecto; como también de la totalidad de los libros de obra del proyecto hidroeléctrico Mazar ± Dudas, petición que fuera atendida y admitida por el Tribunal en providencia de 15 de junio del 2016, las 08h11; respecto de la cual CELEC, solo remitió información parcial. Afirma que CELEC en escrito de 10 de enero del 2019 refirió que no habría remitido toda la información solicitada por la demandada; puesto que ha dicho escrito ^aadjuntó pocos oficios, omitiendo enviar los libros de obra^o (sic).

Que tales libros de obra y comunicaciones requeridas ^ademonstraran que no es imputable a ASTEC las fallas que tuvieron todos los agentes que se encontraban en la fase de construcción^o del proyecto, que los libros de obra contienen paso a paso la realización de la obra de construcción, el material usado, los elementos construidos, bajo qué planos, el avance de obra etc., es decir, la prueba madre para que los jueces verifiquen si CELEC y CNE EC construyeron el proyecto tomando en cuenta solo los diseños de ASTEC; sin embargo, la sentencia afirma que la construcción ^ase realizó al pie de la letra de conformidad con los diseños de ASTEC^o.

De conformidad con la Disposición 408-20 del Acuerdo No. 039-CG, que contiene las normas de control interno para las entidades y organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos emitido por la CGE y publicado en el R.O Suplemento No. 87 de 14 de diciembre del 2009, la única prueba que puede demostrar la forma de construcción de un proyecto son los libros de obra; disposición que a la letra transcribe en su escrito.

Asegura que ^a la ley requiere un medio probatorio específico para la demostración de un hecho (Construcción de una obra) y el Tribunal acepta otro medio de prueba no previsto para determinar la forma en la que paso a paso se construyó el proyecto, lo cual claramente conlleva a un vicio que debe ser casado en base a esta causal¹⁴ No se puede declarar un incumplimiento contractual si no pueden apreciar cómo se construyó la obra, es decir, no pueden determinar si la obra fue evidentemente construida respetando todo lo mencionado por ASTEC, que no sucedió; o si realizaron cambios.^o

Que, la omisión respecto a la práctica de la prueba ha derivado en la falta de aplicación del artículo 117 del CPC y del Acuerdo 039-CG en la que está contenida la Disposición 408-20 y por ende la indebida interpretación del artículo 1572 del Código Civil.

6.3.4.4 En párrafos anteriores refiriéndonos al artículo 115 del CPC, se pudo establecer que los requisitos para la procedencia de esta causal no han sido cumplidos por falta de fundamentación de fondo del recurso en análisis, consideraciones que sin duda alguna, son aplicables también al caso de la denuncia que se formula respecto a la falta de aplicación del artículo 117 del CPC y de la Disposición contenida en el Acuerdo de Contraloría General del Estado No. 039-CG en su Disposición 408-20, pues se hace una apreciación genérica de la obligación que trae tal disposición, sobre el deber de mantener el o los libros de obra que reflejen el desarrollo de la construcción; situación genérica, que en realidad refleja una argumentación propia de un recurso de apelación, que no se compadece con la formalidad, la estrictez y la extraordinariedad que caracteriza al recurso de casación; puesto que, no se señala con especificidad la prueba ni la norma legal que regula la valoración de aquella, como tampoco la relevancia de la fundamentación judicial efectuada por el juzgador de instancia que podría generar una diferencia en la conclusión y la decisión de la causa.

De lo expresado al no haberse justificado la existencia de violación de las normas procesales de valoración de la prueba, se incumple el primer precepto contenido en la causal invocada, lo cual imposibilita al juez de casación pasar al análisis de la violación indirecta de una norma sustantiva; razones que permiten concluir en la improcedencia del recurso por esta causal y vicios denunciados.

6.4 ANÁLISIS DEL RECURSO REFERENTE A LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ART. 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que ordena:

Ira. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.

6.4.1 Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, *in iudicando jure*, de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva, cuando habiéndose establecido, por parte del juzgador, la verdad procesal que arroja la prueba actuada por las partes en el proceso judicial; la cual, se presume de derecho, de modo que los modos de infracción que puede denunciar son relativos únicamente a la violación directa de la norma material que denuncia como infringida, sea por falta de aplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación de ellas; de lo que se infiere que el juzgador al hacer el ejercicio de subsunción de esos hechos con dichas normas, usa esas disposiciones con los yerros referidos.

6.4.2 Una de las características propias de esta causal, de violación directa de normas sustantivas, es que los vicios contenidos en ella, proscriben toda posibilidad de que el casacionista pueda hacer consideración o referirse de alguna manera a los hechos establecidos en el desarrollo del proceso; al respecto Humberto Murcia Ballén enseña que: *“ el error desde el punto de vista jurídico, es la falsa declaración de la voluntad de la ley, relativa a la cuestión controvertida, los vicios in iudicando, también llamados vicios de juzgamiento son los yerros en que incurre el juez al dirimir el conflicto, ya sea porque elige mal la norma sustancial, lo que lo conduce a aplicar un texto impertinente, dejando de aplicar el que corresponde, o a aplicar éste, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene”* (La Casación en Colombia, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, Colombia, 2005, p.268). Afirma el autor citado que, *“ Como lo ha anotado la doctrina el error in iudicando se produce en la inobservancia del deber que le asiste al juez al sentenciar secundum jus; de ahí que en tal supuesto se hable de error de juicio, o de yerro en la actividad intelectual realizada por el juez para la decisión del conflicto”* (p.268). Efectivamente, la causal está destinada a estructurar los yerros en los que pueden incurrir los juzgadores al proferir sus autos o sentencias, en lo relacionado a la aplicación u omisión de las normas jurídicas usadas para dar solución a la controversia judicial; esto es para sus pronunciamientos de fondo.

6.4.3 La **falta de aplicación** es un yerro que implica que el juzgador omitió escoger, para dar solución al problema jurídico identificado en el proceso judicial, la norma pertinente para ese efecto; es por ello que la exigencia de que la fundamentación del recurso de casación debe ser clara y precisa, determina una obligación jurídica a quien interpone el recurso extraordinario de casación, para explicar, con razonamiento lógico y jurídico, el por qué la norma infringida debía ser la llamada a ser aplicada a los hechos resultantes de las pruebas procesales y, obviamente, las razones por las que el

juzgador dejó de usar esa disposición. Desde luego que este vicio determina una situación de hermanamiento, con la indebida aplicación, ya que el Juez para tomar la decisión cuestionada, debe haber aplicado una norma que no es la que corresponde al caso, de ahí que, el vicio denunciado que debe estar unido o hermanado a la indebida aplicación, debe ser determinante para la toma de la resolución judicial; lo cual acontece también a la inversa; es decir, cuando se acusa la indebida aplicación de una norma, la implicancia lógica e inmediata es que se haya dejado de aplicar la norma correspondiente a los hechos procesales.

6.4.4 Sobre la **errónea interpretación** ha señalado esta Sala Especializada en varios fallos relativos a la causal y yerro que, la interpretación es una operación mental del juzgador, por medio de la cual al escoger correctamente la norma destinada a solucionar el conflicto judicial, se aplica a ella un método de interpretación adecuado a los hechos que se expresan en el precedente fáctico del proceso; métodos que están recomendados en el ordenamiento jurídico o recomendados por la doctrina o la jurisprudencia. De modo que, esa operación mental consiste en asumir el verdadero propósito o alcance de la norma jurídica para dar la aplicación que su destino establece.

Esta Sala Especializada en varias ocasiones ha indicado que al momento de alegar la errónea interpretación de norma jurídica, corresponde al casacionista explicar lo siguiente: **a)** ¿Cuál es la norma sustantiva infringida?; **b)** si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; **c)** ¿Cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial?; **d)** explicar el método de interpretación que usó en la decisión judicial; **e)** 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, **f)** 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.

6.4.5 La compañía recurrente indica que el Tribunal de instancia incurrió en la errónea interpretación del artículo 1572 del Código Civil y artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como la falta de aplicación del artículo 1574 del Código Civil, normas que prescriben lo siguiente:

Código Civil

Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente,

o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código

Art. 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Art. 23.- Estudios. - Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad. Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Servicio Nacional de Contratación Pública. La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.

6.4.6 Motivación: El yerro denunciado como afectador de la legalidad de la sentencia reprochada, será de previo establecimiento, para el análisis sobre la procedencia de las normas denunciadas como erróneamente interpretadas en el fallo, que efectivamente sean aquellas disposiciones aplicadas en la decisión judicial recurrida, y que la norma que se alega por su falta de aplicación, no se encuentre aplicada en la sentencia impugnada. El Tribunal de instancia para llegar a su conclusión de no aceptar la demanda, señaló lo siguiente:

DECIMA QUINTA. El art. 23 de la LOSNCP expresamente dispone: " Art. 23.- Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y

actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad. Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Servicio Nacional de Contratación Pública. La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.^o Desagregando este artículo, en atención a las consideraciones de hecho de esta demanda, tenemos: 1) Existió el procedimiento precontractual necesario previo a contratar el Proyecto Hidroeléctrico Dudas Mazar; CELEC EP (Hidroazogues) contrató con ASTEC el servicio de Consultoría para la elaboración de estudios de factibilidad, diseños definitivos y pliegos para licitación a construcción, gerenciamiento y fiscalización del Proyecto Hidroeléctrico Mazar-Dudas. 2) Entonces, sobre la base de lo dispuesto en el objeto del contrato principal de consultoría este comprendió y ASTEC así lo hizo, procedió con la entrega de diseños definitivos; los cuales debían contener el detalle necesario para la elaboración y construcción en la forma como ASTEC lo propone; CELEC EP y CNEEC únicamente aplican el contenido establecido por ASTEC, por lo que alegar falta de diseños de detalle que no fueron contratados, no procede en atención a la obligación legal contenida en el artículo referido ut supra. ASTEC trata de extender la responsabilidad a quien no la posee y eso no es admisible para este Tribunal. 3) Por lo general en la fase preparatoria la entidad contratante ya tiene el estudio definitivo en donde ya debe constar el diseño de detalle porque eso es lo que va a contratar y construir el contratista. No mas no menos. En este caso en estudio, el accionante pudo, por las circunstancias demandadas, modificar el diseño por problemas en la implementación de lo presentado por ASTEC; aquello significó erogación de valores no contemplados originalmente, que fuera de su razonabilidad, suponen perjuicio al Estado. 4) En base a lo analizado, la parte final del referido artículo no aplica para los funcionarios de CELEC EP, en virtud de la excepción propuesta en la frase "si fuere del caso" y que le corresponde expresamente declararlo a la Contraloría General del Estado. 5) En base a lo analizado por este Tribunal se verifica el perjuicio económico en el desarrollo de la construcción del Proyecto Dudas Mazar, por cuanto no se cumplen los presupuestos de los arts. 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOSNCP. Así también, es necesario confrontar desde lo dispuesto en el art. 291 del

Reglamento de la LOSNCP, respecto a las discrepancias que se generaron durante la ejecución de la obra respecto de la etapa de ejecución de la obra; así el Art. 291 establece:

° Discrepancias.- Si se presentaren discrepancias de orden técnico y/o económico entre el consultor-asesor, el fiscalizador y/o el contratista, durante la etapa de ejecución de la obra respecto a los estudios realizados, quedará a decisión de la entidad contratante representada por el Administrador del Contrato resolverlas para conveniencia de los intereses institucionales, para cuyo fin deberá documentar técnica y/o económicamente la decisión adoptada.° . Las circunstancias de hecho probadas en este proceso, determinan con claridad:

*a) Las discrepancias de orden técnico en varios frentes de construcción de la obra, a saber y este Tribunal menciona los siguientes, como los más relevantes: 1. Estabilidad de taludes en el aprovechamiento Alazán, el trazado de la tubería de presión y la estabilidad de taludes de la casa de máquinas en el Aprovechamiento San Antonio. 2. Problemas en el trayecto de la vía de acceso a la Casa de máquinas del Aprovechamiento San Antonio. 3. Error en las unidades de medida. b) Por necesidad institucional se continuó con el proceso constructivo; los constantes requerimientos efectuados a ASTEC para regularizar la falta de información respecto de los diseños definitivos presentados, promovieron las demoras tanto en la entrega de información adicional por parte de la misma ASTEC, por lo que dicha tardanza, se traslada y perjudica a la empresa constructora; por tanto, el perjuicio económico está plenamente demostrado.-(¼) **El Art. 1572 del Código Civil**, reconoce al lucro cesante como una clase de perjuicio que otorga el derecho al afectado a ser debidamente indemnizado. Este daño implica la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, es una lesión patrimonial, entendida en los términos del giro del negocio de CELEC ECP, en la afectación comercial existente por haber invertido en el proyecto, esperando un retorno a la inversión, pero cuando la inversión tuvo que incrementarse desmedidamente para lograr finalizar el proyecto, tales números se reducen de manera grave, afectando las finanzas públicas. Para este caso en particular, este Tribunal considera que el daño ocasionado se evidencia en los costos incurridos por CELEC EP para afrontar la terminación del proyecto y los ingresos que ha dejado de percibir por la misma causa. (¼) (Lo subrayado le corresponde al Tribunal de Casación)*

De lo transcrito, queda claro que los artículos 23 de la LOSNCP y el artículo 1572 del Código Civil fueron aplicados en la sentencia materia del recurso de casación; siendo además que estas disposiciones jurídicas correspondían al caso.

6.4.6.1 La compañía casacionista argumenta que el Tribunal de instancia interpretó de manera errónea el artículo 1572 del Código Civil, indicando que la compañía demandada, únicamente podría ser

responsable por los daños directamente causados por un no consentido incumplimiento, determinando que no existe una causa directa entre los daños reclamados y el supuesto incumplimiento de entregar estudios de factibilidad y diseños definitivos. Señala también que la causa directa de los daños identificados en la demanda es la no ejecución por parte de CELEC de la fase de detallamiento de diseño de las obras civiles, así como los errores cometidos por el constructor y fiscalizador en la etapa de construcción.

6.4.6.2 Como se dijo en líneas anteriores, cuando se alega la errónea interpretación de normas sustantivas, es obligación de la parte recurrente señalar cuál es la o las normas sustantivas infringidas, en el caso, el casacionista argumenta que las normas infringidas son los artículos 23 de la LOSNCP; y, el artículo 1572 del Código Civil, norma que regula el contenido de la indemnización de daños y perjuicios comprendida en el daño emergente y lucro cesante, la cual ocurre cuando no se cumple con la obligación, o se cumple de manera imperfecta, o existe retardo en el incumplimiento.

6.4.6.3 El recurrente también debía explicar el método de interpretación que se usó en la decisión judicial; así como 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, 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, exigencias que no se encuentran de la lectura del recurso extraordinario de casación, en cuanto al artículo 1572 del Código Civil, lo que se verifica es que la casacionista pretende justificar la inexistencia del nexo causal en cuanto tiene que ver al incumplimiento contractual detectado por parte del Tribunal de instancia, refiriéndose a: i) los cambios realizados en los diseños por CELEC y la CNEEC en el proceso de construcción, ii) cambios realizados y la existencia de hecho de un tercero y iii) cambios realizados y la existencia de culpa de la víctima, pues dichos argumentos se inclinan a que este Tribunal de casación revise nuevamente los hechos ya discutidos en el caso, así como los elementos probatorios que ya fueron analizados por el Tribunal de instancia para concluir en la existencia o no del nexo causal en el incumplimiento contractual por parte de la compañía demandada.

6.4.6.4 En cuanto a la errónea interpretación del artículo 23 de la LOSNCP, la casacionista señala que la obligación de tener los diseños definitivos y actualizados de la obra a construirse era responsabilidad de la entidad contratante previo a la contratación con CNEEC, en este sentido, argumenta que no se debe responsabilizar a ASTEC por los diseños completos y definitivos para un proceso contractual en el cual no participa.

6.4.6.5 La parte recurrente si bien menciona cómo debía ser interpretado el artículo 23 de la LOSNCP, no explica qué método uso el Tribunal de instancia para interpretar la norma, tampoco se explica cuál sería el método que permita interpretar de forma adecuada el artículo referido; sin embargo de ello, es

importante referir que, el Tribunal de instancia aplicó el artículo 23 de la LOSNCP, para determinar que de forma previa a la contratación entre CELEC (entidad contratante) y CNEEC (contratista), CELEC debía contar con los diseños completos y definitivos, para esto, CELEC previamente contrató con ASTEC *“la prestación de servicios de consultoría para la elaboración de estudios de factibilidad, diseños definitivos y pliegos para la licitación a construcción, gerenciamiento y fiscalización del proyecto Mazar Dudas, y la entrega de productos que le permitan a Hidrozogues obtener ofertas y contratar la construcción de obras civiles”*¹⁴. Es decir, que ASTEC debía cumplir con la entrega a CELEC de los diseños completos y definitivos, para que este a su vez los tenga listos en su etapa precontractual, previo a la contratación con CNEEC, en este sentido, el Tribunal de instancia señala que: *“CELEC EP y CNEEC únicamente aplican el contenido establecido por ASTEC”*, estableciendo que CELEC debió modificar los diseños por problemas en la implementación de lo presentado por ASTEC, lo cual generó pagos no contemplados originalmente, causando perjuicio económico en el desarrollo del proyecto Dudas Mazar. Es decir, en la sentencia de mayoría impugnada no se desconoce la obligación de la entidad contratante de contar previo a la contratación, con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, lo que reconoce el Tribunal de instancia, es que existieron problemas en la implementación de lo presentado por ASTEC, lo cual generó perjuicios a la entidad accionante. De manera que, no existe una errónea interpretación de la norma en los términos que indica la casacionista.

6.4.6.6 Sobre la falta de aplicación del artículo 1574 del Código Civil, se verifica en primer lugar que, dicha norma efectivamente no fue aplicada por el Tribunal de instancia para resolver el objeto de la controversia que consistía en analizar *“cada una de las observaciones que el accionante hace respecto de las circunstancias del contenido del Contrato HAZOG-02-20082 de Servicios de Consultoría y sus tres contratos complementarios y su repercusión en el contrato suscrito para ejecución y construcción del Proyecto Hidroeléctrico Mazar-Dudas suscrito entre CELEC y la Compañía China National Electric Engineering Co. Ltd. “CNEEC” y sus dos contratos complementarios; estableciendo en cada caso la pertinencia de la pretensión y si la Consultora es o no responsable por los perjuicios que se reclaman”*¹⁴. El Tribunal de instancia en la sentencia impugnada se refiere exclusivamente, a la responsabilidad de la contratista en los perjuicios ocasionados en la ejecución de los contratos suscritos entre CELEC y ASTEC, estableciendo que la entidad accionante perdió la oportunidad de tener un proyecto íntegro funcionando plenamente en el que la realidad financiera y de inversión se hayan ejecutado adecuadamente, porque la aplicación de los diseños presentados por ASTEC en el proyecto Dudas- Mazar, afectó al presupuesto del contrato de construcción.

6.4.6.7 La casacionista argumenta que solo puede responder por los perjuicios que se previeron o

podieron preverse al tiempo de contratar y que el perjuicio previsible sería únicamente aquel que la entidad contratante habría sufrido por la privación de la prestación prometida en el contrato de consultoría, pretendiendo nuevamente con su argumentación que el Tribunal de instancia revise los hechos ya discutidos en instancia, así como revisar los elementos probatorios que ya fueron estudiados por el Tribunal de instancia, con la finalidad de que se verifique cuál es el perjuicio que se puede atribuir a ASTEC, en calidad de contratista del contrato de consultoría, en este sentido es necesario indicar que la causal primera de casación es procedente, cuando existe de por medio conformidad con la **valoración de los hechos**.

6.4.6.8 Es preciso señalar que el recurso extraordinario de casación es de carácter formalista y obedece al principio de debida técnica. Al respecto el autor Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, explica: *“ ¼ la debida técnica formalista de la casación, debe obedecer a las exigencias mínimas que permiten al Tribunal de Casación ejercer su función, conocer de las debidas delaciones y desplegar su actividad jurisdiccional, todo lo que conduce a rechazar las exigencias del formalismos inútiles, innecesarios y absurdos para la procedencia del recurso¼”* (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pág. 361). De tal forma que este Tribunal de Casación no puede corregir de oficio las deficiencias presentadas por el recurrente al momento de formular el recurso interpuesto; en consecuencia, no es procedente el recurso de casación por los yerros alegados en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

7. DECISIÓN

Por todo lo expuesto, la 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**, resuelve: **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el ciudadano BERNARDO CREAMER, en su calidad de Gerente General y por tal Representante Legal de la Compañía consultora ASTEC ASESORÍA TÉCNICA CIA. LTDA; consecuentemente, **NO CASA** la sentencia de mayoría expedida el 8 de enero del 2020, las 12h57 por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca. - **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

ALVARADO CORDOVA MARCY RODELY

CONJUEZA NACIONAL

MUÑOZ VACA KATTY MISHEL

CONJUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CONJUEZ NACIONAL

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA

JUEZA NACIONAL

VELASTEGUI AYALA XIMENA DEL ROCIO

JUEZA NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZA NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 12 de febrero del 2026, las 08h16. **VISTOS.-** Por disentir de la mayoría, de conformidad con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, me aparto del criterio de mayoría y emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa, concuerdo con la construcción jurídica que consta en la sentencia de mayoría, hasta el numeral 6 del fallo elaborado por el juez ponente; sin embargo, disiento del análisis

efectuado a los cargos casacionales admitidos, bajo las siguientes consideraciones:

6. ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN

6.1. 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, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales.

6.2. Esta Corte Nacional ha señalado 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, 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.⁸

6.3. Así, la casación se erige como un instituto consistente en un órgano único en el Estado (Corte de casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contenga error de derecho en la solución de mérito.⁹

6.4. En suma, el examen sustantivo del recurso de casación requiere que el casacionista cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales de fundamentación, especificando la causal que sustenta su recurso, la norma que considera infringida y la manera en que el juez incurrió en el error señalado. Estos requisitos son esenciales para que el juzgador pueda evaluar la pertinencia de las alegaciones y, una vez superada la fase de admisión, emitir una sentencia favorable o rechazar el recurso.¹⁰

6.5. En el caso de estudio, la recurrente ha propuesto las causales primera, segunda, tercera y quinta de la Ley de Casación; por lo cual, se efectuará el análisis para verificar si la sentencia recurrida incurre en dicho yerro.

8 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 estas de la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia

9 Citado por Hernando Morales, M. (1983). Técnica de casación civil., Pág. 37

10 Corte Constitucional Sentencia No. 1043-15-EP/21 de 27 de enero de 2021, párrafo 33

6.6. Causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

6.6.1. Santiago Andrade Ubidia, en su obra ^aLa Casación Civil en el Ecuador^o señala que:

[¼] 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. [¼] (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 116).

6.6.2. En esta línea, el citado autor desarrolla los principios que informan esta materia y nos enseña que:

[¼] 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).[¼] (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 117).

6.6.3. Por su parte, Luis Cueva Carrión, en su obra ^aLa casación en materia civil^o, señala que:

[¼] 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.¹¹ [¼]

6.6.4. Bajo estas consideraciones, resulta necesario establecer que la causal trae varios elementos que la componen y que en el desarrollo de la fundamentación deben estar presentes; ya que el casacionista no pueden limitarse a establecer la causal, sino desarrollar la sustentación necesaria que permita al Juzgador de casación verificar su existencia en el fallo que ha sido materia del reproche. A ese objeto se desentrañan los siguientes elementos de la causal: **a)** Señala tres modos de infracción de normas procesales que pueden viciar la sentencia atacada, los que por su propia esencia son autónomos: Es indispensable por tanto que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido. **b)** Que, el yerro escogido por el recurrente, haya viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión.

6.6.5. En la especie, la entidad casacionista centra su fundamentación en: **i)** se pactó una cláusula arbitral, para lo cual señala que existe falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, **ii)** el competente para conocer y resolver la controversia es el juez civil, por lo que considera que existe errónea interpretación del artículo 217 numeral 1 y 4 y artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, artículo 10 de la LJCA, porque el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca no es el competente para conocer la demanda presentada por CELEC, el juez competente es el Juez de lo Civil del domicilio de ASTEC, **iii)** el Estado no puede acudir ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, para solicitar el control de legalidad de sus contratos, por lo que aduce falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3, 6 y 23 de la LJCA, indebida aplicación del artículo 65 de la LJCA, errónea interpretación del artículo 173 de la Constitución de la República, falta de aplicación del artículo 162 y 240 del COFJ y falta de aplicación de la Resolución NO. 04-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, **iv)** violación del trámite, porque la LJCA contempla dos tipos de recursos, el objetivo y el subjetivo, en este punto se alega falta de aplicación del artículo 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, falta de aplicación del artículo 58.J LJCA e indebida aplicación del artículo 30 de la LJCA; y, **v)** solicitud de audiencia de peritos no atendida, por lo que existe una falta de aplicación del literal j) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

6.6.6. Ahora bien, las normas denunciadas como infringidas ordenan lo siguiente:

[¼] **Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)**

Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide

¹¹ Cueva, L. (2011). La casación en materia civil. Quito: Ediciones Cueva Carrión. Pág. 271

someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvención, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral. Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)

Art. 31.- Principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos. - Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.

Art. 162.- Prorrogación de la competencia. - La jueza, juez o tribunal que, en principio, no es

naturalmente competente para conocer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello las partes convienen expresa o tácitamente en prorrogarle la competencia territorial. Una vez que se le ha prorrogado la competencia, el juzgador excluye a cualquier otro, y no puede eximirse del conocimiento de la causa. La prorrogación expresa se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia de la jueza o del juez, se somete a aquélla expresamente, bien al contestar a la demanda, bien por haberse convenido en el contrato. La prorrogación tácita se verifica por comparecer en la instancia sin declinar la competencia, o porque antes no ha acudido el demandado a su juzgador para que la entable. En ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia.

Art. 217.- Atribuciones y deberes. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: 1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario; (¼) 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado (¼)

Art. 240.- Atribuciones y deberes. - Son atribuciones y deberes de las juezas y los jueces de lo civil: 1. Conocer y resolver en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad; 2. Conocer y resolver, en primera instancia, todos los asuntos de materia patrimonial y mercantil establecidos en las leyes, salvo las que corresponda conocer privativamente a otras juezas y jueces; 3. Conocer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de delitos cuando en el juicio penal no se hubiese deducido acusación particular; 4. Conocer en primera instancia de los juicios colusorios; y, 5. Los demás asuntos determinados por la ley.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)

Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales

o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.

Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Nota: Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente. Disposición dada por Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo No. 00, publicada en Registro Oficial 722 de 9 de Julio de 1991.

Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa: a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración. b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones. c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa. d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales. e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa.

Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los

reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad; b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquélla; Conocerá también los juicios de excepciones a la coactiva originados en resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación; Conocerá y resolverá igualmente en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las Instituciones Públicas originados en decisiones de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos coactivos instaurados para el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación. Nota: Inciso último del literal b), agregado por Decreto Supremo No. 611, publicado en Registro Oficial 857 de 31 de Julio de 1975. Nota: Por Decreto Supremo No. 1065-A, publicado en Registro Oficial 668 de 28 de Octubre de 1974: Interpretase el literal b) del Art. 10, reformado por el Decreto Supremo No. 1077, de 11 de Septiembre de 1973, publicado en el Registro Oficial No. 392, de 17 de los mismos mes y año, en el sentido de que "también corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conocer y resolver según dicho Decreto, en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, locales o seccionales, o de Instituciones Públicas, originadas en decisiones firmes de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados. Consecuentemente, se faculta al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y a sus respectivas Salas, para que, sin nuevo sorteo, dicten sentencia sobre esas acciones o demandas de prescripción, aunque hubieren dictado resolución negativa, aduciendo incompetencia, sin que por ello pueda invocarse cosa juzgada". c) Conocer y resolver en apelación de las resoluciones de la Junta de Reclamaciones prevista en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; d) Conocer y resolver en única instancia, lo concerniente a las violaciones de la Ley que regula la carrera administrativa, que no estuvieren en el caso del literal anterior; y e) Los demás que fijare la Ley.

Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos. b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses. c) El

titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma. d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.

Art. 30.- La demanda debe ser clara y contener: a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal. b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado. c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado. d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión. e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos. f) La pretensión del demandante. g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir. En esta clase de juicios no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal.

Art. 58-J.- En todo lo que no estuviere expresamente previsto en este Capítulo se aplicarán las demás de este Código, y en su falta, las normas que regulan el Contencioso - Tributario y subsidiariamente las del Código de Procedimiento Civil.

Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. 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.

Ley de Modernización del Estado

Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El

procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

Código de Procedimiento Civil (CPC)

Art. 59.- Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.

Art. 1014.- La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357.

Constitución de la República (CRE)

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)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (1/4) j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.
[1/4]

6.6.7. Identificadas las normas que la compañía casacionista señala como vulneradas en la sentencia emitida por el Tribunal de instancia, sea por su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de la norma, los yerros denunciados como afectadores de la legalidad de la sentencia reprochada; liminarmente, para el análisis de la procedencia que las normas denunciadas como omitidas en el fallo, corresponde verificar que efectivamente aquellas no hayan sido aplicadas en la decisión judicial recurrida.

6.6.8. En este punto, es necesario indicar que el casacionista alega la falta de aplicación del artículo 23 de la LJCA; sin embargo, la norma si se encuentra aplicada por el Tribunal de instancia para

determinar que conforme el literal c) del artículo *ibídem* en concordancia con otras normas, a la empresa actora si le asiste el derecho a concurrir al órgano judicial. Así mismo del fallo impugnado se verifica que las normas señaladas como erróneamente interpretadas e indebidamente aplicadas si fueron tomadas en cuenta por el Tribunal de instancia para resolver la controversia.

6.6.9. Ahora bien, la compañía recurrente ha fundamentado su recurso en virtud de cuatro cuestiones ya identificadas en el párrafo 6.6.5, a continuación, se analizarán cada una de esas cuestiones en observancia del yerro alegado.

6.6.10. Como primer elemento se menciona que el Tribunal de instancia no es el competente para conocer y resolver la controversia, por cuanto, se habría pactado una cláusula arbitral con el fin de resolver las controversias que suscitaren a raíz de la contratación efectuada entre las partes procesales, para lo cual, la recurrente sostiene que existe falta de aplicación de los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

6.6.11. Como se dejó señalado cuando se argumenta la falta de aplicación de una norma, es indispensable que se cuente con una proposición jurídica completa, que consiste en que la falta de aplicación debe estar hermanada con la indebida aplicación de una norma, cuestión que no se cumple en el escrito recursivo, en cuanto tiene que ver al cuestionamiento de la cláusula arbitral con los yerros señalados.

6.6.12. Los artículos 7, 8 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son claros en señalar cuándo y cómo procede el trámite ante la existencia de un convenio arbitral y como se entiende su renuncia, en este orden de ideas, es importante mencionar que la Constitución de la República en su artículo 190, reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, de tal forma, que las partes a la suscripción de los contratos se encontraban en plena libertad de formular acuerdos referentes a la solución de controversias.

6.6.13. De la sentencia expedida por el Tribunal de instancia, ante el fundamento expuesto en la contestación a la demanda sobre el acuerdo al cual habrían llegado las partes para solucionar las controversias que se devenguen del contrato suscrito, se señala que con fecha 11 de marzo del 2016, las 08:21, el Tribunal expidió un auto descartando el argumento de la incompetencia, en dicho auto se expone lo siguiente:

[1/4] Para la solución de cualquier controversia, disputa o reclamo que se origine del presente CONTRATO, HIDROAZOGUES S.A. y la CONSULTORA convienen en someterse a la Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial Número ciento cuarenta y cinco (145), d cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y siete, y al procedimiento de

Mediación en el Centro de Mediación de la Universidad Católica de Cuenca Extensión Azogues de persistir las controversias, se sujetarán a los procedimientos establecidos de la ley. HIDROAZOGUES S.A. y LA CONSULTORA, se someterán a los procedimientos ante el Tribunal Contencioso Administrativo Número tres (3) de la ciudad de Cuenca, con jurisdicción en nuestra ciudad y conforme lo señala el artículo ciento sesenta y cuatro (164) del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.º (...) Del análisis de los contratos adjuntados al proceso se determina que en el presente caso las partes acordaron que de existir diferencias, las partes ^a podrán utilizar^o es decir que no pactaron la utilización obligatoria de procesos de mediación y arbitraje en derecho para solucionar sus diferencias, aclarando además que se acordó que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el presente caso las partes y conforme así se desprende de la revisión de la causa concuerdan, en el primer contrato, el principal, someter su divergencia a los procedimientos de mediación; que, al no obtener un acuerdo, cualquiera de las partes podía demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme lo acordado en el contrato. Habiéndose concurrido a la mediación y no llegado a un acuerdo, la propia cláusula disponía se acuda ante este Tribunal Contencioso Administrativo. Los demás contratos adicionales, al establecer la discrecionalidad al momento de acudir a la justicia voluntaria o a la ordinaria, no supone que aquello merezca ser motivo de inhibición por parte de este Tribunal si una de las partes ha optado por concurrir a esta Jurisdicción. [¼]

6.6.14. De la cita se infiere que, el Tribunal de instancia fijó su competencia y explicó los fundamentos para declararse competente frente a la persistencia de controversias, a pesar de que las partes se sometieron al procedimiento de Mediación, respecto al primer contrato, en relación a los contratos suscritos posteriormente, las partes no han pactado que la utilización de los medios alternativos de la solución de conflictos sea obligatoria de forma previa a acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, teniendo la oportunidad entonces de escoger la vía para la solución de las controversias, en este caso, el accionante sí se encontraba facultado para acudir al Tribunal de instancia, a fin de solucionar las controversias surgidas de los contratos suscritos.

6.6.15. Por lo tanto, el Tribunal de instancia no incurrió en los yerros alegados por la compañía casacionista, al determinarse que efectivamente el Tribunal de instancia si era el Tribunal competente para resolver la controversia, debido a que no se habría pactado la obligatoriedad de acudir a los centros de arbitraje y mediación de manera principal, pues, como se indicó las partes quienes

suscribieron el contrato habrían determinado de forma facultativa el mecanismo para solventar las controversias derivadas de los contratos suscritos.

6.6.16. La compañía recurrente también afirma que el contrato principal y sus adicionales deben ser interpretados como una relación contractual consolidada, lo cual, no se encuentra en discusión, porque cada contrato adicional contiene obligaciones que se relacionan con el contrato principal; sin embargo, no podemos afirmar que al constituirse una cláusula obligatoria de solución de conflictos en el contrato principal, también es aplicable a los contratos adicionales suscritos, cuando cada uno de estos contratos contiene una cláusula de solución de controversias que faculta a las partes acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, sin que medie un procedimiento de mediación y arbitraje.

6.6.17. Como segundo argumento que alega la compañía casacionista es la incompetencia del Tribunal de instancia, porque quienes estarían facultados para conocer el proceso son los Jueces de lo Civil del domicilio de ASTEC, por lo que considera que existe errónea interpretación del artículo 217 numeral 1 y 4 y artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, artículo 10 de la LJCA.

6.6.18. En la denuncia de la errónea interpretación el casacionista debe señalar cuál es la metodología usada por el juzgador para la aplicación de la norma material para la decisión del caso, identificando las razones por las cuales el método usado no se corresponde con el caso ni con el alcance de la norma infringida, y, asimismo, es deber del casacionista determinar cuál es el método que debía ser usado; para ello las reglas de cada método son determinantes en la fundamentación del recurso. Los métodos de interpretación son entonces una herramienta sustancial en la actividad judicial ya que eliminan la arbitrariedad en la interpretación y estructuran un comportamiento lógico, racional y transparente en la decisión del juzgador, garantizando no solo su independencia sino el derecho de los justiciables.

6.6.19. De la revisión del escrito casacional, se determina que la compañía casacionista no ha realizado el ejercicio argumentativo de señalar cuál es la metodología que utilizó el Tribunal de instancia para interpretar las normas señaladas en el párrafo 6.1.8, tampoco se ha determinado una propuesta de cuál sería la interpretación correcta que debía realizar el Tribunal de instancia sobre aquellas normas.

6.6.20. La compañía recurrente señala que las normas que determinan la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, señalan que pueden conocer dos problemas específicos: *a) i) en contra de una actuación administrativa pública y ii) siempre y cuando esta*

actuación vulnere derechos de los administrados^o afirmación que no es del todo equivocada y que se encuentra en relación con el artículo 31 del COFJ; sin embargo, la ley también faculta a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo a realizar el control de legalidad sobre contratos suscritos entre entidades del Estado con los particulares.

6.6.21. Al respecto, Enrique Sayagués Laso, en su obra *“Tratado de Derecho Administrativo”* señala que: *“La administración no siempre procede por vía unilateral, mediante actos administrativos; con frecuencia procura llegar a un entendimiento con los particulares, celebran acuerdos de muy distinta naturaleza, es decir, actos plurilaterales (1). Igualmente pueden formalizarse tales acuerdos entre entes públicos.”*^{12o} Por lo tanto, la administración se encuentra facultada para suscribir contratos con entes particulares y exigir su cumplimiento, en esa medida, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, pueden ser los competentes para el conocimiento de controversias relacionadas a los contratos suscritos entre entidades del Estado y particulares, sin que esto quiera decir que la jurisdicción civil se encuentre exonerada del conocimiento de las divergencias que emanen de estas relaciones contractuales, atendiendo la naturaleza de la contratación.

6.6.22. En el presente caso, es necesario referir el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el cual constan las atribuciones y deberes de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; y, una de esas atribuciones se refiere al control de legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos generados por la autoridad pública, norma que se encuentra en relación con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y artículo 10 de la LJCA, las cuales no han impedido que la autoridad pública pueda también solicitar el examen de un contrato suscrito con los particulares, recordemos que de los contratos surgen obligaciones entre las partes y estas se comprometen a cumplirlas, caso contrario el conflicto debe someterse a los mecanismos que se hayan pactado para dirimir los conflictos que de esta relación contractual emanen, así cualquiera de las partes puede verse inmiscuida en algún incumplimiento contractual y la parte afectada deberá acudir ante la autoridad competente para el reconocimiento de sus derechos, motivo por el cual, se ratifica que en el presente caso la competencia para solucionar la controversia es el Tribunal de instancia, conforme se ha señalado en la sentencia que se impugna.

6.6.23. Por otro lado, de los argumentos expuestos se verifica que están encaminados a justificar una indebida aplicación, aduciendo que las normas que se alegan infringidas por su errónea interpretación no otorgan a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, la competencia para resolver las controversias que se deriven de los contratos suscritos con el Estado. Ante este error detectado en la formulación del recurso, este Alto Tribunal está vedado de corregir los errores del casacionista, en

12 Sayagués, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Pág. 521

virtud de la naturaleza extraordinaria y formalista del recurso que nos ocupa.

6.6.24. Otro de los argumentos que se señalan es que el Estado no puede acudir ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, para solicitar el control de legalidad de sus contratos, por lo que aduce falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3, 6 y 23 de la LJCA, indebida aplicación del artículo 65 de la LJCA, errónea interpretación del artículo 173 de la Constitución de la República, falta de aplicación del artículo 162 y 240 del COFJ y falta de aplicación de la Resolución NO. 04-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

6.6.25. De las normas que se señalan como indebidamente aplicadas no se ha establecido una proposición jurídica completa, es decir, normas que no se hayan aplicado en reemplazo de las normas que se señalan como indebidamente aplicadas, así como ante la demanda de falta de aplicación de normas, no se ha desglosado qué normas fueron aplicadas indebidamente en su reemplazo, como resultado del hermanamiento de estos yerros. Así mismo, frente al vicio de errónea interpretación, no se ha explicado qué interpretación realizó el Tribunal de instancia de las normas y cuál es la interpretación que el casacionista considera aceptable para resolver el objeto de la controversia.

6.6.26. Ahora bien, la compañía recurrente pretende justificar su recurso argumentando que el propio Estado no podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en calidad de accionante para solicitar el control de legalidad de sus contratos, como en párrafos anteriores se indicó el ordenamiento jurídico ecuatoriano no prohíbe que las instituciones públicas acudan a los Tribunales en virtud de la naturaleza del contrato, para que se solucionen las controversias devengadas de los contratos administrativos, porque el contrato administrativo también es un acuerdo de voluntades, del cual se generan obligaciones para ambas partes, de forma que, cualquiera de las partes podrían verse afectadas ante un posible incumplimiento de las obligaciones o cumplimientos defectuosos.

6.6.27. La Resolución No. 04-2015, expedida por la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513, de 2 de junio de 2015, es clara en señalar que para la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito contractual, deben confluir los siguientes elementos: **i)** elemento subjetivo (Una de las partes procesales debe ser un órgano de la administración pública central o descentralizada institucional o territorialmente) y **ii)** elemento objetivo (el contrato debe haberse celebrado en uso de las competencias y prerrogativas de la administración pública; su suscripción debe obedecer al giro específico institucional; y, el procedimiento para tramitar la controversia no debe remitirse exclusivamente al derecho procesal común) y **iii)** la pretensión (La acción no debe centrarse únicamente en el reconocimiento de un derecho patrimonial y/o la liquidación de valores económicos, sino que debe consistir sobretodo en el ejercicio del control de legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos). De lo cual se

infiere que el elemento subjetivo no hace distinción alguna de quién puede comparecer en calidad de accionante ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, a fin de que se resuelva algún tipo de controversia que surja del contrato suscrito con los particulares. En consecuencia, el Tribunal de instancia es el competente para conocer y resolver la demanda presentada por CELEC EP.

6.6.28. También se argumenta que existe violación del trámite, porque la LJCA contempla dos tipos de recursos, el objetivo y el subjetivo, en este punto se alega falta de aplicación del artículo 59 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, falta de aplicación del artículo 58.J LJCA e indebida aplicación del artículo 30 de la LJCA, aduciendo que la ley no menciona cuál es el trámite para sustanciar un proceso de daños y perjuicios nacidos de una relación contractual.

6.6.29. Cuando se analizaron los argumentos anteriores con sus yerros identificados se ha insistido en que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, sí es el competente para el conocimiento y resolución de la causa que nace de la relación contractual entre una entidad pública y un ente particular. De los recaudos procesales se observa que ante la inexistencia de una trámite específico para las controversias en contratación pública, es aplicable el procedimiento ordinario contemplado en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, que si bien no se menciona, el proceso fue tramitado en atención a los lineamientos que se establecen para ese tipo de procedimiento, existiendo una demanda formulada en la que se identifica al demandado, quien ha contestado dicha demanda en el término de quince días para deducir excepciones y se les ha permitido presentar elementos probatorios para la consideración del Tribunal al momento de resolver, de forma que, no existe violación del trámite conforme los argumentos esgrimidos por la compañía recurrente.

6.6.30. Frente al argumento que existe una solicitud de audiencia de peritos no atendida, la compañía demandada alega la existencia de falta de aplicación del literal j) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

6.6.31. La compañía recurrente señala que CELEC como medio probatorio, solicitó que se oficie a la Unidad Judicial Civil con Sede en el cantón Azogues, provincia de Cañar para que emita copia certificada del proceso de diligencia de inspección judicial No. 03333-2014-0342G, seguido por CELEC en contra de ASTEC y que en dicho proceso, consta el Informe pericial presentado por el perito Cesar Covri, doctor en ingeniería civil especialidad hidráulica y el informe pericial presentado el 16 de marzo de 2015 por el perito Rodrigo Zeas, ingeniero civil especialidad en hidráulica e hidrología y que ASTEC como compañía demandada, solicitó tanto en su escrito de prueba como en reiteradas ocasiones en el proceso una audiencia de peritos, para el ejercicio del derecho a la defensa

6.6.32. Para determinar si en efecto ocurrió lo que aduce la compañía casacionista, es importante

recurrir al cuaderno procesal, del cual se verifica lo siguiente: **i)** A fojas 6452 del proceso se encuentra el escrito de prueba presentado la compañía demandada, en el que se solicitó:

[1/4] En vista que la contraparte ha solicitado que se oficie a la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón AZOGUES, provincia del Cañar, para que remita copia certificada del proceso de diligencia previa de inspección judicial No. 2014-342G iniciado en contra de mi representada por la Empresa Pública CELEC, solicito: Una vez que se haya agregado esta prueba al proceso, solicito se sirva señalar por separado, días y horas para la realización de AUDIENCIA DE PERITOS en las que los peritos Cesare Covri, Rodrigo Zeas, Wladimir Brito y Jorge Oswaldo Cárdenas, peritos que fueron designados en el proceso de diligencia previa, de maner independiente respondan al interrogatorio que en ese momento formule mi representada. Para la práctica de esas diligencias se notificará individualmente a los peritos.

[1/4]

ii) En providencia de fecha 15 de junio del 2016 (foja 6455 del proceso), en el numeral 10, el Tribunal de instancia dispone a la compañía demandada que en el término de un día se presente la plica de preguntas a contestar por aquellos profesionales que no han sido designados como peritos en el proceso judicial No. 01803-2015-00142. **iii)** Con escrito de fecha 20 de junio del 2016, la parte demandada requirió la revocatoria parcial de la providencia, en cuanto se refiere al numeral 10 de la providencia de fecha 15 de junio del 2016, porque considera que, la audiencia de peritos es una garantía de defensa, solicitud que fue puesta en conocimiento de la empresa actora con providencia de fecha 22 de junio del 2016, quienes se opusieron al pedido formulado por la compañía demandada, aduciendo que al Tribunal no se encuentra en la obligación de aceptar esa diligencia porque no se ha agregado el pliego de preguntas al escrito de prueba dentro del término concedido. **iv)** En providencia de fecha 11 de agosto del 2016, el Tribunal de instancia negó la revocatoria solicitada, al considerar que, si la compañía demandada pretendía que se apruebe su petición debía atender oportunamente el pedido del Juzgador (de remitir el pliego de preguntas) y que los efectos de una prueba actuada en un proceso civil (inspección judicial 2014-342G) diferente al que se encontraban tramitando, no puede atenderse y pretenderse actuar como prueba testimonial en otro diferente.

6.6.33. La petición de la comparecencia de los peritos al proceso 01803-2015-00142, que realizó la compañía accionada se fundamenta en que la empresa pública accionante en su escrito de prueba (fojas 5937 del proceso judicial) solicitó que se oficie a la Unidad Judicial Civil, con sede en el cantón Azogues, con el fin de que se confiera copias certificadas del expediente No. 03333-2014-0342G, referente a la diligencia preparatoria de inspección judicial, en la que se indican que constan los informes periciales presentados por los peritos Cesare Covri, Rodrigo Zeas, Wladimir Brito y Jorge

Cárdenas. Dicha inspección judicial, efectivamente fue realizada con la intervención de los peritos mencionados, quiénes entregaron sus informes periciales y fueron puestos en conocimiento de los intervinientes en dicha diligencia preparatoria, así como tuvieron la oportunidad de solicitar las aclaraciones y ampliaciones a los informes periciales, sin que en esta diligencia se haya resuelto sobre los derechos de quienes figurarían como parte procesal en un futuro proceso judicial.

6.6.34. La diligencia preparatoria como sostiene el doctor Oswaldo Navas Tapia constituye: *“un proceso previo que garantiza el derecho de contradicción a plenitud.” (...)* un análisis más detenido muestra que este tipo de diligencias pueden servir además para comprobar ciertos hechos o circunstancias cuyo conocimiento resulta indispensable para plantear o no la demanda; para fundamentar adecuadamente la misma¹³ (...). De suerte que, en la diligencia preparatoria no se resuelven sobre derechos y obligaciones de quienes figurarían como actor o demandado, la autoridad judicial, únicamente debe cumplir con la diligencia que se le ha solicitado y que eventualmente podría servir como elemento probatorio para el juicio en el que se decidan sobre derechos y obligaciones.

6.6.35. Como se señaló en un párrafo anterior la compañía demandada solicitó como prueba la comparecencia de los peritos que actuaron en la diligencia preparatoria a fin de que comparezcan ante los juzgadores del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para que contesten a las preguntas que se pretendía realizar el momento de la diligencia, petición que fue realizada dentro del término probatorio; sin embargo, el Tribunal de instancia solicitó se adjunte un pliego de preguntas de forma previa a resolver sobre la aprobación o no de la petición formulada, requisito que la compañía demanda no remitió, porque en su escrito señaló que en el momento de la comparecencia se formulará el interrogatorio.

6.6.36. En este orden de ideas, cabe preguntarse si la falta de entrega del pliego de preguntas, es razón suficiente para negar la realización de una diligencia que una de las partes solicita como prueba. Como bien señalamos, en la diligencia preparatoria el juez que la sustancia no resuelve sobre los derechos y obligaciones de las partes procesales, únicamente lleva a cabo la diligencia, como en efecto ocurrió en el presente caso con la intervención de peritos, de tal forma, que los intervinientes tuvieron acceso a esos informes periciales y remitieron sus solicitudes de aclaración y ampliación. El caso sometido a la decisión de los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, constituye un proceso independiente, de forma que, el accionante pidió la incorporación de los resultados de dicha diligencia al proceso judicial contencioso administrativo, diligencia que se llevó a cabo con la participación de peritos y la participación de las partes para realizar observaciones a los informes periciales, lo cual no obstaría para que el juez que va a conocer el proceso judicial, en el que

13 Navas Oswaldo, *Teoría General del Proceso*, Centro de Publicaciones PUCE, Quito-Ecuador, 2019

se van a resolver derechos y obligaciones de las partes pueda escuchar a los peritos que intervinieron en la diligencia preparatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 76, numeral 7, letra j de la Constitución de la República.

6.6.37. Así también se determina que el hecho de que el peticionario de la comparecencia de los peritos al proceso judicial, no haya adjuntado su pliego de posiciones, no constituye motivo suficiente para la negativa de la diligencia, si la petición se la hizo dentro del término probatorio, puesto que la norma constitucional determina la obligatoriedad de la comparecencia ante el juzgador, de quienes han figurado como peritos. Cabe señalar que el artículo 169 de la Constitución de la República, dispone: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”* Entonces, si la empresa accionante solicitó como medio probatorio en la causa contencioso administrativa a la diligencia preparatoria, el demandando también podía utilizar algún mecanismo probatorio para controvertir la práctica de esa prueba, en virtud del principio de contradicción.

6.6.37. Por las consideraciones expuestas, se verifica que la actuación del Tribunal de instancia al no permitir la comparecencia de los peritos que actuaron en la diligencia preparatoria, causó indefensión para la compañía accionada, debido a que no pudo actuar la prueba que fue solicitada dentro del término probatorio, por lo tanto, sin que sea necesario el análisis de las demás causales, se concluye que el canguro puede prosperar.

7. DECISIÓN

7.1 Por todo lo expuesto, la 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 presentado por la compañía ASTEC, Asesoría Técnica Cía. Ltda, exclusivamente, por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación y, consecuentemente, **CASA** la sentencia expedida el 8 de enero del 2020, las 12h57, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.

7.2 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se declara la nulidad del auto de fecha 11 de agosto del 2016 y las posteriores a esta, que niegan el pedido formulado por la compañía accionada en cuanto tiene que ver con la comparecencia de los peritos al proceso contencioso administrativo, dejando a salvo los elementos probatorios de la entidad accionante como

de la compañía demandada, con la finalidad de que un nuevo Tribunal señale día y hora para que se lleve a cabo la comparecencia de los peritos señalados en el escrito de prueba de 13 de junio del 2016 y resuelva la causa.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

ALVARADO CORDOVA MARCY RODELY

CONJUEZA NACIONAL

MUÑOZ VACA KATTY MISHEL

CONJUEZ NACIONAL

DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO

CONJUEZ NACIONAL

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA

JUEZA NACIONAL

VELASTEGUI AYALA XIMENA DEL ROCIO

JUEZA NACIONAL