



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

CARRERA DE DERECHO

Análisis de Caso previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República.

TEMA:

Caso 11804-2016-00187, por sanción administrativa, propuesto por el Consejo de la Judicatura:
“Falta de aplicación del Principio de tipicidad y afectación al principio de irretroactividad de la Ley por parte de los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el proceso N° 11804-2016-00187.”

Autores:

Juan José Peralta Fernández.

Cristian Javier Plua Vincés.

Tutor de Praxis:

Ab. Jeniffer Julliet Loor Párraga, Mg.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Juan José Peralta Fernández y Cristian Javier Plua Vinces, declaramos ser autores del presente análisis de caso y de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo:

Caso 11804-2016-00187, por sanción administrativa, propuesto por el Consejo de la Judicatura: “Falta de aplicación del Principio de tipicidad y afectación al principio de irretroactividad de la Ley por parte de los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el proceso N° 11804-2016-00187.”

Declaramos que dicho trabajo es original en su contenido de expresión, el cual no infringe derechos de terceros, asimismo concedo este tema a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por otorgar su entidad universitaria, para el desarrollo de este.

Portoviejo, 30 de septiembre de 2022



Juan José Peralta Fernández

C.C. 13128286561



Cristian Javier Plua Vinces

C.C. 1600468100

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	6
PRINCIPIO DE TIPICIDAD.....	11
PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD.	16
PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD	18
RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.....	21
PROCEDIMIENTO DEL SUMARIO DISCIPLINARIO GENERAL.....	23
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.....	25
ANÁLISIS DE LOS HECHOS	25
HECHOS PROCESALES	26
PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA.....	27
RECURSO DE CASACIÓN	29
ANÁLISIS DE SENTENCIA.....	30
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN.....	38
CONCLUSIÓN.....	45
REFERENCIA.....	48
ANEXOS	51

INTRODUCCIÓN

Los principios del proceso administrativo sancionador cumplen un estricto rol dentro del mismo, es por eso que la correcta aplicación tanto por los jueces y las partes procesales es de carácter fundamental para que un proceso se lleve a cabo con las garantías establecidas en la normativa vigente del Ecuador. La falta de doctrina nacional y de jurisprudencia emitida tanto por la Corte Nacional como también por la Corte Constitucional ha llevado a la administración de justicia a la comisión de errores dentro de los diferentes procesos llevados a cabo por la misma y de esta forma se ha violentado el proceso.

El Derecho Administrativo sancionador ha sido uno de los campos del derecho menos explorados por la comunidad jurídica ecuatoriana, es por lo mismo que dentro de este se produce gran cantidad de atropellos al debido proceso, es así, que el presente estudio de caso se enfoca en el análisis de la sentencia No. 11804-2016-00187 Emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Corte Nacional de Justicia, haciendo frente a la misma con conceptos doctrinarios acerca de los principios de irretroactividad y de tipicidad mismos que al ser principios del proceso administrativo sancionador, se vieron violentados en la causa antes mencionada.

El principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es de carácter fundamental, tomando en cuenta que este principio reza que no habrá una sanción sin una ley previa en la cual se encuentre especificada una conducta atípica por parte del administrador o del administrado.

El Régimen Disciplinario de la Función Judicial se encuentra regulado por el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y por el Reglamentos del Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, cuyos cuerpos normativos contemplan las atribuciones,

infracciones y sanciones que se aplicaran a los funcionarios judiciales en caso de que lleguen a cometer una infracción tipificada en el COFJ.

En este sentido, la potestad disciplinaria de la administración pública se encuentra limitada por principios rectores, que son fundamentales para que el Consejo de la Judicatura pueda poner en marcha su potestad disciplinaria conforme a lo establecido en la norma y de esa misma manera dándole al administrado las garantías básicas del debido proceso. Entre esos principios, se tiene al principio de tipicidad, el cual garantiza que el infractor en ningún momento del procedimiento administrativo sea sancionado o juzgado por una norma que no se encuentre establecida previamente contemplada en un cuerpo normativo.

Lo contrario, es decir, aplicar una sanción sin que haya tipificación de la infracción, genera vulneración a derechos fundamentales, específicamente en la garantía del debido proceso contemplada en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, mismo que dispone: *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicara una sanción no prevista por la constitución o la ley....”*.

Por otro lado, se encuentra el principio de irretroactividad, el cual juega un papel fundamental en el procedimiento sancionador, bajo el cual se debe aplicar la norma que más favorezca al administrado, esto es, la sanción menos grave o no sancionar cuando se destipifique la infracción. Bajo esta premisa, ningún administrado que comete una infracción cuando esta no se encontraba tipificada en la norma, podrá ser sancionado si es que esta misma infracción se tipifica a posterior.

Una vez hecho un enfoque sobre los principios sobre los cuales se hará énfasis en el presente estudio de caso, que ambos principios son de carácter fundamental para que la administración pueda llevar un proceso sancionador, también es necesario mencionar que la jurisprudencia nacional y la doctrina ecuatoriana han hecho caso omiso a figuras jurídicas de gran importancia dentro del proceso administrativo sancionador. Tales como los principios rectores antes mencionados, los cuales trabajan de manera conjunta para garantizar el correcto funcionamiento del procedimiento administrativo disciplinario, garantizando al administrado no ser víctima de atropellos y violaciones al debido proceso, que de generarse deben ser advertidos por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cuando efectúa control de legalidad de los actos.

POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública en cualquier parte del mundo la entendemos como la encargada de administrar de manera eficiente y responsable el funcionamiento de los servicios que el Estado le garantiza a la ciudadanía, como por ejemplo el agua, la salud, la electricidad, la justicia, etc., ya que el fin último de la administración pública es prestar un servicio como lo mencione anteriormente que sea eficiente y eficaz para satisfacer las necesidades generales y de esta misma manera poder lograr un desarrollo económico, social y cultura dentro de un país en este caso Ecuador. Para que la administración pública pueda alcanzar lo que se mencionó en líneas anteriores esta debe establecer objetivos, políticas, procedimientos, etc.

Una vez que sabemos lo que es la administración pública y de qué manera logra dar un servicio de calidad a la sociedad, cabe mencionar que cuando una persona dentro de la sociedad infringe una política o normativa la administración se encargara de que este ciudadano pague por su error ya sea imponiéndole una multa económica, privarlo de la libertad, desvincularlo de su cargo (cuando sea el caso de un servidor de la misma administración pública), pero nos hacemos la pregunta de qué manera esta hace cumplir con su error al administrado, pues está en sus políticas contiene el procedimiento con el cual se tiene que regir y seguir para no violentar los derechos del administrado.

Como sabemos la administración pública está dotada de potestades que los podemos entender como poderes especiales que nacen del ordenamiento jurídico propias de la entidad pública las cuales nacen para hacer cumplir con los fines y los objetivos del Estado, esta cuenta con varias potestades como es la reglamentaria, de mando, disciplinaria, entre otras que se ejercitan de acuerdo al efecto jurídico que pretende emitir la administración.

Se comenzó a reconocer la existencia de una potestad sancionadora de la Administración Pública propiamente dicha y junto a ella la de un Derecho Administrativo Sancionador a partir de los siglos XIX y XX, que al igual que la anterior ha experimentado variaciones hasta llegar a ser lo que es hoy, esto es, la facultad del órgano de la administración pública para imponer una sanción correctiva o disciplinaria con el objeto de reprimir las acciones u omisiones antijurídicas. Procura que los ciudadanos no realicen aquellas conductas que puedan provocar lesión a los derechos de los demás o lesión a los intereses colectivos, se constituye un complemento de la potestad de mando, que permite asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.

García De Enterría, (2013) menciona lo siguiente: “la administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización”. También Ossa Arbeláez, (2009) señala que: “la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad administrativa sancionadora”. Con lo dicho anteriormente podemos entender que la administración va usar su poder sancionador en contra de los mismos funcionarios de esta los cuales hayan cometido una infracción que vaya en contra de las políticas o reglamentos que esta contienen, y invoca este poder con el objetivo de que se cumplan los fines y objetivos que la administración pregona.

Para poder poner en marcha la potestad disciplinaria de los órganos de la administración pública esta debe cumplir primero con dos requisitos, los cuales son los siguientes:

- Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como infracción disciplinaria en la normativa aplicable; y
- Que el hecho por el cual se impone la sanción se encuentre plenamente probado.

Entonces, para que se pueda la administración ejercer su poder sancionador la infracción que se ha cometido debe estar tipificada en la ley y segundo que los hechos sean probados y

verificados ante la autoridad pertinente. En definitiva, la potestad disciplinaria es el poder que tiene la administración pública para actuar y aplicar infracciones y sanciones disciplinarias a los funcionarios públicos por las acciones u omisiones que los lleven a constituir cierto tipo o tipos de infracciones disciplinarias al momento de encontrarse ejerciendo sus funciones con el fin de cuidar los objetivos y fines de la administración.

La potestad administrativa sancionadora le permite a la Administración imponer tanto a los particulares como a sus servidores sanciones administrativas, en el caso de que hayan cometido alguna falta que afecta el interés general y que por tanto debe ser castigada, mediante el Régimen Disciplinario, que se encuentra estipulado en la Ley Orgánica del Servicio Público, en la cual se tipifican las sanciones para los servidores públicos que realicen una acción u omisión que contravenga la normativa jurídica que los rija.

La administración Pública tiene que tener responsabilidad al momento de ejercer la potestad disciplinaria, ya que este es un mecanismo esencial para evitar cualquier abuso de poder por parte de la administración Pública con el fin de asegurar los derechos y garantías de los administrados. Ossa Arbeláez, (2009) menciona que:

La responsabilidad disciplinaria es aquella que se configura cuando el agente infringe una norma de carácter funcional, constituyendo este régimen el sustrato de la responsabilidad administrativa, además agrega que la de tipo disciplinaria nace del desconocimiento por parte del agente público de una obligación que se le ha impuesto previamente lo que implica la existencia de una serie de deberes que ha de observar.

Podemos mencionar que la responsabilidad disciplinaria es una potestad de corrección interna en manos de la propia administración, debido a que esta evalúa y sanciona la inobservancia del funcionario público en sus respectivos deberes y funciones, entonces la potestad y la responsabilidad disciplinaria trabajaran juntas en todo momento, debido a que la potestad está a

cargo de la autoridad administrativa disciplinaria y la responsabilidad recae sobre el funcionario público el cual cometió la infracción.

Para poner en práctica la potestad disciplinaria, la administración pública debe ajustarse a un procedimiento administrativo que servirá como instrumento jurídico que canaliza la voluntad pública, García De Enterría, (2013) indica que el procedimiento administrativo “se resume en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos”.

Podemos mencionar que el procedimiento administrativo guía los tramites que deben cumplir tanto la Administración Pública en el ejercicio de su función como órgano de control como el funcionario público en el ejercicio de su gestión pública, ya que el procedimiento administrativo es el conjunto de actos que son realizados de forma conjunta por el administrado y la administración pública dirigidos a obtener una decisión final la cual respete los derechos del administrado.

Por otro lado cada procedimiento administrativo debe encontrarse delimitado de manera perfecta, ya que es regla dentro del derecho administrativo que todo requisito de forma exige un texto legal que lo imponga, en otras palabras es que todo procedimiento debe encontrarse establecido en un cuerpo legal que determine cada una de las etapas del procedimiento, esto se establece con el objetivo de brindar seguridad jurídica a los administrados y de encontrar la eficacia deseada en el acto administrativo que contenga la decisión final.

La potestad disciplinaria de la administración pública se encuentra regida por los siguientes principios que deben aplicarse para completar las normas jurídicas que justifican la existencia del procedimiento administrativo, a continuación, mencionare los principios que son mas mencionados por los doctrinarios dentro del derecho administrativo:

- Principio de contradicción del procedimiento administrativo: Tiene el objetivo de que el administrado pueda participar sin restricción alguna en el trámite accediendo al expediente, formulando peticiones, aportando justificativos, conociendo las decisiones preparatorias, para de esa manera poder contradecir cualquier tipo de actuación de la administración.
- Principio indubio pro actione del procedimiento administrativo: Consiste en subsanar las dificultades de forma que se presentan en el procedimiento administrativo para facilitar llegar a la decisión final del procedimiento
- Principio de imparcialidad del procedimiento administrativo: Procura que la Administración supere su calidad de juez y demuestre su imparcialidad en cada acto administrativo que forme parte del procedimiento administrativo sobre todo en el acto administrativo final.
- Principio de legalidad: Este principio toma importante relevancia, puesto que, para poder imponer una sanción administrativa, esta debe estar prescrita en una norma, es el sometimiento de la Administración Pública a lo determinado en la ley, el ejercicio de la potestad sancionadora debe ser competencia única y exclusivamente por parte del órgano administrativo.
- Principio del debido proceso: Es un derecho fundamental y por ende constituye un derecho subjetivo que recae en todas las personas para exigir que las decisiones judiciales y administrativas se sometan a las reglas previstas por el ordenamiento jurídico.
- Principio de tipicidad: El principio de tipicidad es una garantía para el administrado, de que los procedimientos administrativos propios del régimen sancionador administrativo sancionador se realizan en respeto de la legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso.

- Non bis in idem: Las limitaciones implícitas que representa el non bis in ídem se refieren de manera exclusiva a la derivación de las consecuencias sancionatorias que le siguen como consecuencia de un acto, la imposición de una sanción punitiva tras la realización de una conducta elevada previamente a la categoría de infracción administrativa.

Una vez que hemos establecido los principios que rigen la potestad disciplinaria de la administración pública podemos indicar que estos procuran mantener en equilibrio los intereses de la administración pública y los derechos que se deben respetar de los administrados, para que de esta manera al administrado se le lleve un procedimiento administrativo regido por las normas jurídicas establecidas en la normativa legal correspondiente en el caso concreto y además respetando principios constitucionales como lo es el debido proceso.

Entonces, entendemos que a la potestad sancionadora como aquel poder punitivo inherente a la administración para poder sancionar a aquellos que fallen o incumplan los deberes y obligaciones que la sociedad por intermedio de leyes impone a sus administrados y administradores. Según la doctrina actual, el ejercicio de la potestad sancionadora se encuentra ligada a varios principios, entre ellos el principio de legalidad, ya que sólo cuando la ley realiza una descripción genérica de las conductas sancionables, de sus clases y el valor de las sanciones aplicables, pero manteniendo la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria de la administración la descripción pormenorizada de las conductas sancionables, se puede imponer una sanción.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

El análisis de tipicidad de la falta imputada se encuentra expresamente establecida en la Constitución en el art. 76.7.I al exigir en las resoluciones de los poderes públicos como garantía básica del debido proceso el deber de enunciar y explicar las razones o motivos de persuasión

sobre la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos. En este sentido ha manifestado la Corte Constitucional se debe: *“realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto”* SENTENCIA N.o 105-13-SEP-CC. Ecuador.

Con lo anteriormente indicado por la Corte Constitucional podemos mencionar que toda actuación que sea dada por parte de los órganos públicos deben ser bien motivados, tanto en el ámbito de los hechos y a su vez como esos hechos se configuran en el momento del cometimiento de la falta a la norma, para que así haya una correcta se podría decir fusión de los hechos facticos y los hechos procesales.

También encuentra fundamento constitucional en el art. 76.3 al exigir que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegure el derecho al debido proceso, el cual incluye como garantía básica que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley.

Así mismo encuentra fundamento en el COA, por una parte, en los arts. 29 y 30 al establecer como principios del procedimiento administrativo la tipicidad e irretroactividad bajo el siguiente tenor: “Art. 29. Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva. Art. 30. Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las

disposiciones vigentes en el momento de producirse. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

Podemos observar que la entidad pública que llegue a sancionar al administrado tiene la obligación de ajustar sus actuaciones a la Constitución y la Ley vigente en el Estado al momento de ocurrencia de los hechos generadores del proceso, entonces podemos entender que:

- No resultaría posible que la autoridad administrativa configurara la falta y/o sanción con norma de rango inferior, y
- La descripción legal de la falta y su correspondiente sanción debe existir de forma escrita, previa y cierta.

Con lo dicho anteriormente puedo manifestar que este principio deriva del principio de legalidad al ser constitucionalmente exigible que, para poder establecer la responsabilidad administrativo-sancionatoria de una persona, se requiere que la conducta que se le atribuye sea típica, resulte obligatoria y exigible el análisis de tipicidad y su debida motivación en el acto de inicio del procedimiento lo cual se encuentra expresado en el art. 251 COA así expresamente las normas no lo enuncien. Además, podemos indicar que en este mismo apartado se indica que si lo que se considera que es infracción no se encuentra establecido en un cuerpo legal, no se podrá llevar en contra una sanción en contra del administrado, ya que estaría violentando las normas del debido proceso.

Así, el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador comprende las exigencias de la existencia de una ley, que son:

- Lex Scripta. - La ley debe ser anterior al hecho sancionado

- Lex Previa. - La ley tiene que describir un supuesto de hecho estrictamente determinado
- Lex Certa. - Con estas exigencias nace el principio de tipicidad el cual aparece como una vertiente del mencionado principio de legalidad, el cual se encuentra enlazado estrechamente con el principio de seguridad jurídica.

El principio de tipicidad es un principio sustantivo del derecho administrativo sancionador. Sin el principio de tipicidad no es posible que exista una adecuada aplicación de las sanciones para las infracciones en el derecho administrativo.

Mata Coto, (2014) menciona de una forma más clara la unión de lo antes mencionado.

Este principio se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa (lex previa, lex scripta), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados”.

Como podemos entender el principio de legalidad es parte fundamental y el cual establece a su vez el principio de tipicidad, ya que el principio de legalidad es fundamental en todo Estado ya que los poderes públicos deben regirse a lo que se encuentra establecidos en las diferentes normas que contiene el ordenamiento jurídico nacional y el principio de tipicidad busca precautelar o darle mayor seguridad a que esto no sea violentado, ya que como sabemos nadie puede ser sancionado por algo que no se encuentra establecidos en los ordenamientos jurídicos.

Referirse a la tipicidad en el derecho administrativo sancionador es evocar la precisión del régimen sancionador, en el tanto lo que se resuelva es de conformidad con la legalidad del ordenamiento jurídico, sin que exista una banda amplia de sanciones, que genere incertidumbre e ilegalidad, generada por esa falta de precisión y, que repercute en lesión del debido proceso. La tipicidad es necesariamente precisión, en favor de la legalidad y de las garantías del debido

proceso, para que los procedimientos administrativos sancionadores se resuelvan de conformidad con el derecho, por la proporcionalidad y la razonabilidad de las sanciones administrativas.

El principio de tipicidad responde a la garantía del procedimiento administrativo sancionador, en que el administrado no se encuentra expuesto a un procedimiento arbitrario, contrario incluso a las garantías constitucionales y, de que se tiene pleno conocimiento de las posibles sanciones en caso de ser aplicadas. La tipicidad implica el conocimiento de lo posible, por la existencia normativa de lo que se regula en derecho, con base a situaciones fácticas que son objeto de análisis jurídico, y que, en el caso particular, se resuelven por un régimen sancionador.

Además, este principio pone un límite a la discrecionalidad administrativa de las administraciones públicas cuando resuelven los procedimientos administrativos sancionadores. El principio de tipicidad es una garantía para el administrado, de que los procedimientos administrativos propios del régimen sancionador administrativo sancionador se realizan en respeto de la legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso.

La predeterminación normativa determina la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Si se abusa de la aplicación de la discrecionalidad administrativa la predeterminación normativa es sustituida, y en este sentido no se cumple con el principio de tipicidad. La predeterminación normativa es una garantía para el administrado, de certeza en cuanto a las consecuencias jurídicas y de seguridad jurídica, de que se resolverá de conformidad al derecho y en respeto de las garantías del debido proceso y, de que no se interpretará de forma contraria al derecho o por patología normativa.

Machado, (2011) menciona que “el principio de tipicidad tiene dos vertientes las cuales deben ser mencionadas para de esta manera poder entender de mejor manera la importancia de este

la primera vertiente se centra en lo formal y la segunda en la aplicación de la norma” (Pág. 974 – 976)

La primera trata sobre la reserva de ley que en pocas palabras es la materialización y correcto funcionamiento del principio de legalidad, que se expresa en la certeza y la taxatividad de la regulación, es una de las dos manifestaciones del principio de tipicidad de las infracciones y de las sanciones. La otra proyección de esta misma vertiente se refiere a la aplicación de las previsiones legales por los órganos competentes para imponer las sanciones, entonces con esto podemos entender que este va dirigido a los legisladores y otro a los aplicadores.

La segunda vertiente se refiere a la aplicación, la cual exige que los hechos sancionados por la Administración sean ajustados a los tipos previstos en la norma, en este punto hay algo muy importante lo cual se debe mencionar es que no se deja al aplicador la libertad absoluta para utilizar cualquiera de las sanciones que prevé la norma, sin ninguna clase de límites, y sin usar ningún criterio de ponderación.

PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD.

Mientras el Derecho siga siendo algo esencialmente mutable siempre será obligado decir, antes de hacer cualquier reflexión sobre el principio de irretroactividad, que el tema está plagado de dificultades de todo tipo, la primera de las cuales es precisamente la de fijar el concepto mismo de retroactividad. El concepto de retroactividad es el arquetipo mismo de la equivocidad: un concepto elástico y polémico como pocos. Todos los problemas que se concitan a la hora de aplicar este principio convergen en la simple cuestión tan compleja en el fondo de en qué consiste la retroacción o cuándo se ha de considerar que una norma retroacciona.

Aunque la retroacción de una norma puede producir efectos beneficiosos no son pocas las demandas que piden la aplicación de la norma nueva a relaciones y situaciones jurídicas en curso, nacidas bajo un régimen jurídico anterior, es indisoluble con el concepto de retroacción la idea de perturbación, de un peligro al que es necesario poner límites. Y justamente aquí radica la causa de que el concepto de retroactividad se torne huidizo y controvertido, porque éste depende del punto desde el cual quede establecida la prohibición de que la norma accione hacia atrás, o que accionando hacia delante prenda en su trama hechos que tienen raíces en el pasado.

La prohibición determina, pues, el ser o no ser del concepto. Es evidente que si sobre las normas no pesara ningún límite prohibitivo a su poder de retroaccionar, o si, por contra, pesara una prohibición absoluta de que incidieran en lo más mínimo sobre situaciones o relaciones jurídicas que trajesen causa de un régimen jurídico preexistente, no habría ningún obstáculo intelectual para contemplar esa escala de grises y asumir pacíficamente que la norma nueva produce efectos de mayor o menor intensidad en cada caso y situación; y como no habría una frontera de lo prohibido que delimitar, todo quedaría reducido al recreo científico de construir para cada norma su propia escala de grises, de efectos retroactivos, en función de la complejidad de la materia que regulase y del grado de asimetría que ofrecieran las situaciones jurídicas afectadas.

En el fondo, el objetivo de los grandes autores dedicados desde antaño al tratamiento de la retroactividad ha sido el mismo: construir unos límites al poder del legislador en lo más peligroso que éste puede hacer: dictar leyes retroactivas. En unos casos, formulando recortes al poder del legislador, nacidos del celo por el respeto a la seguridad del individuo y de sus bienes y derechos; en otros para postular lo contrario, un amplio poder del legislador, si bien con unos límites, siquiera mínimos, para que ese amplio poder que se propugna sea realmente creíble.

Pero en todo caso, como queda dicho, el objetivo de toda esa teoría ha sido común: poner algún freno a una posible actuación desenfrenada del legislador. Es lo que, en otro lugar, al tratar de la doctrina más señera sobre el principio de irretroactividad, hemos denominado como cuasi-límites al poder de la ley. En suma, la doctrina ha tratado de rellenar la ausencia de un principio prohibitivo que ni nuestro Código Civil ni otros muchos textos análogos de los países de nuestra cultura han logrado reflejar. A lo sumo, lo que las Constituciones y demás Códigos han venido a garantizar ha sido la irretroactividad de las normas penales, reforzando así el argumento de que las leyes no penales sí pueden ser retroactivas. (López Menudo, 2002)

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

El principio de irretroactividad de la ley es uno de los más clásicos de todos los ordenamientos jurídicos modernos. Refleja una aspiración típica de la seguridad jurídica: el hecho de que sepamos a qué leyes atendernos sin que en el futuro un cambio de las mismas pueda afectar a los actos que ya hemos realizado. En este sentido, la irretroactividad busca preservar el carácter previsible del ordenamiento y fijar temporalmente las reglas a aplicarse, de forma que un cambio en las mismas no pueda aplicarse hacia el pasado.

La irretroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada. La irretroactividad sería aquella cualidad de las leyes en cuya virtud estas someten a nuevo examen las condiciones de validez de un acto regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecuencias jurídicas: "se trataría pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley", y como tal de un atentado a la seguridad jurídica, en la medida en que ésta exige

que las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento jurídico cualquiera no se vean alteradas libremente por una norma surgida con posterioridad. (Suárez Collía, 2015)

El principio de irretroactividad es el fenómeno que produce que las normas no tengan efectos hacia atrás en el tiempo. De esta manera se asegura que dichos efectos comienzan en el momento de su entrada en vigor, con la finalidad de dotar al ordenamiento jurídico de seguridad. Tal principio pretende o sustenta estabilidad al ordenamiento jurídico y también, contribuye a establecer la seguridad jurídica, en tanto en cuanto un individuo puede y debe poder estar seguro de las consecuencias que los actos que realice en cada momento pueden acarrear. En otras palabras, permite que las personas puedan tener confianza en las leyes vigentes y celebren sus acuerdos y negocios en base a ellas, eliminando la incertidumbre que generaría una posible variación de la legislación respecto a hechos ya realizados y que ya no pueden ser cambiados o eliminados.

Las normas jurídicas inciden, cuando nacen, en una realidad vital tan diversa y tan asimétrica en cuanto a la situación en que se encuentran los derechos y expectativas de cada cual, que su impacto sobre esas situaciones o relaciones jurídicas que traían causa de la legislación anterior es igualmente diverso. Las normas nuevas suelen afectar en mayor o menor medida a esas situaciones jurídicas vivas y esa incidencia se descompone en una escala de grises, que es justamente lo contrario a la dicotomía del blanco o negro. Pero el límite prohibido a la retroacción lleva precisamente a esta dicotomía. (López Menudo, 2002)

Ante normas que prevén castigo para una conducta tipificada total o parcialmente como la transgresión de otra norma no sancionadora una norma que simplemente impone un deber, una

prohibición, una limitación, la prohibida retroactividad desfavorable debe extenderse a esta otra norma no sancionadora en cuanto a las consecuencias punitivas.

Para los demás efectos para los no punitivos la norma no sancionadora podrá ser o no retroactiva según reglas distintas de las que aquí analizadas. Pero en cuanto a su integración con una norma punitiva debe regir la prohibición de retroactividad en la medida en que esa otra norma aumente el ámbito de la infracción punible. (Gómez Tomillo & Iñigo, 2017, pág. 198)

Lo contrario supondría, no ya castigar lo que no era punible cuando se realizó, sino incluso lo que acaso no era siquiera ilícito. La prohibición de retroactividad in peius de las normas punitivas es un límite a las convalidaciones legislativas; por tanto, no cabe que una ley convalide una sanción o un reglamento sancionador inválido. (Boix Palop, 2004, págs. 270-273)

Yendo algo más lejos, también se ha entendido proscrita la retroactividad de la habilitación de una ley a los reglamentos sancionadores aprobados antes de esa ley, pues esas normas procedimentales y procesales ni tipifican infracciones ni prevén sanciones. Igualmente quedan extramuros de nuestra regla las normas relativas a la competencia de los distintos órganos administrativos o judiciales para incoar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores o para resolver los recursos contra sanciones. Por tanto, en suma, todas esas normas sobre los aspectos procedimentales y orgánicos no son a estos efectos normas sancionadoras ni rige para ellas la irretroactividad in peius de la que aquí nos ocupamos.. (Rebollo Puig, 2021)

De esta forma son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Cuando una norma de derecho público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, solo se tiene en cuenta los iniciados con posterioridad a la referida norma. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de cometerse los hechos que constituyan la infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. La norma establece la teoría de los hechos cumplidos. Cuando a ley establezca una consecuencia no debe mirar los hechos de atrás sino los de adelante, nada más. (Cabrera Vázquez & Quintana Vivanco, 2011)

En este sentido podemos mencionar que la doctrina hace mención a la favorabilidad de forma conjunta con la irretroactividad, ya que, si los hechos cometidos por el servidor han sido en un periodo de tiempo en el cual la ley no se encontraba vigente, estos mismo no podrán afectarlo en un futuro y tampoco se le podrá aplicar una sanción por una infracción la cual no se encontraba tipificada en ese tiempo.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El régimen disciplinario en la Función Judicial del Ecuador se encuentra establecido como uno de los objetivos que el Consejo de la Judicatura tiene que cumplir, además de ser el organismo máximo en materia administrativa y de gobierno, así lo preceptúa el artículo 178 de la Constitución de la República del Ecuador. No obstante, existe un constante desarrollo por parte del Consejo de la Judicatura, mediante sus resoluciones, para la operación interna y regulación de la potestad disciplinaria, cuyos principales elementos serán mencionados en el presente análisis.

La potestad disciplinaria del servicio judicial se encuentra normada en el Código Orgánico de la Función Judicial, promulgado en el año 2009, estableciendo una serie de deberes funcionales de obligatoria revisión y aplicación para los sujetos disciplinables. Podemos encontrar el desarrollo de los deberes, prohibiciones y el régimen de los servidores judiciales de la Función Judicial a

partir del artículo 100 del cuerpo legal antes mencionado. Así mismo, se establece un catálogo de infracciones leves, graves y gravísimas en los artículos 107, 108 y 109 que tienen como sanciones, dependiendo del tipo de infracción, la amonestación escrita, sanción pecuniaria que no exceda del 10% de la su remuneración mensual, suspensión del cargo sin goce de remuneración por un plazo que no exceda de 30 días y la destitución. Sin embargo, se pueden encontrar otras faltas específicas en el Código Orgánico de la Función Judicial como la demora del despacho injustificado o negligente de los expedientes de oficina o entrega bajo orden expreso de los servidores judiciales que se sanciona con destitución, conforme el artículo 127. (Páez Bimos, 2022)

Adicionalmente, se puede encontrar los plazos de prescripción de la acción disciplinaria que depende del tipo de sanción. Es decir, las infracciones con sanciones pecuniarias o de amonestación tendrán 30 días, las de suspensión de funciones 60 días y las de destitución 1 año, salvo que la falta se encuentre vinculada con un delito, en este caso la prescripción será de 5 años. Otro punto importante en la regulación específica del procedimiento es la necesidad de la declaración jurisdiccional previa para que proceda la infracción recogida en el artículo 109 numeral 7 que sanciona el dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable. Esta formó parte de la reforma de diciembre del año 2020 dispuesta en la sentencia 3-19 de la Corte Constitucional que declaró la constitucionalidad condicionada de dicha infracción.

En cumplimiento de la disposición de la regulación interna del ejercicio de la potestad disciplinaria el Consejo de la Judicatura ha expedido las siguientes resoluciones de los sujetos disciplinables, entre los que podemos encontrar servidores judiciales, peritos, notarios, abogados en el ejercicio de su profesión y practicantes:

- Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria, para las y los Servidores de la Función Judicial.

- Reglamento para la Aplicación del Régimen Disciplinario de las Abogadas y Abogados en el Patrocinio de las Causas.
- Reglamento del Sistema Notarial.
- Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial.
- Reglamento de prácticas Pre Profesionales de las y los Egresados de las Facultades de Jurisprudencia y Derecho y Ciencias Jurídicas.

Como se puede apreciar, existe una serie de actos normativos amplios que regulan la potestad disciplinaria en el marco del debido proceso disciplinario y precautelando el derecho a la defensa de los sujetos disciplinables para que puedan presentar sus descargos y que sean tomados en cuenta por la administración. (Páez Bimos, 2022)

PROCEDIMIENTO DEL SUMARIO DISCIPLINARIO GENERAL

El Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura es la normativa aplicable en cuanto a procesos sancionadores para los servidores de la función judicial, es por eso que en esta misma normativa se encuentra establecido el procedimiento a seguir, no sin antes definir lo que es la potestad disciplinaria, misma que se encuentra estipulado en el artículo 5 de este reglamento señalando que “La Potestad Disciplinaria Consiste en la potestad autónoma, de conocer y sancionar toda acción u omisión que se encuentre determinada como infracción disciplinaria en el ordenamiento jurídico vigente, observando las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República del Ecuador.”

De esta forma dentro del mismo articulado se encuentra estipulado el procedimiento para al sumario administrativo general dentro del Título III, Capítulo I en el cual se hace mención a que el sumario administrativo tiene por objeto establecer si se han configurado todos los elementos de

una de las infracciones disciplinarias determinadas en el Código Orgánico de la Función Judicial u otras leyes aplicables y su nexos causal con la responsabilidad administrativa de la o el servidor judicial sumariado, de la misma forma se hace mención a que esa acción disciplinaria se ejercerá de oficio, por denuncia o por comunicación judicial en los casos de faltas disciplinarias.

Dentro del artículo 28 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura se establece que el inicio del sumario de lo hará de oficio, mediante denuncia o a través de la comunicación realizada por una jueza o juez, del mismo modo se encuentran establecidos en nueve literales los requisitos que deberá contener este sumario para que el mismo sea admisible.

En cuanto a la notificación de la apertura del sumario el reglamento hace mención que esta reposa en la Unidad de Talento Humano, se realizará alternativamente en persona, mediante una sola boleta dejada en su lugar de trabajo o en su domicilio, o en la dirección electrónica señalada en el expediente de la o el servidor. Una vez notificado, el servidor sumariado contestara el auto de apertura del sumario administrativo dentro del término de cinco días contados desde la fecha en la que se efectuó la notificación. Las pruebas deberán adjuntarse o anunciarse en la denuncia o en la contestación que presente la o el sumariado. El termino aplicado para la prueba será con la contestación de la o el servidor o sin ella, de oficio se abrirá la causa a prueba por un término de siete días.

Una vez cumplidos los procesos anteriormente señalados y concluida la etapa de prueba, la autoridad competente en el término de quince días expedirá de manera motivada la resolución o el informe que corresponde en el ámbito de sus competencias.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Dentro del Título III, Capítulo II se encuentran establecidas las formas por las que se puede extinguir la acción disciplinaria, siendo estas la prescripción o la muerte de la o el servidor judicial.

En cuanto a la prescripción en el literal C del artículo 22 se encuentra establecido que “Por infracciones susceptibles de sanción de destitución, en el plazo de un año, el mismo que se contará en el caso de denuncia desde que se cometió la infracción; o del último acto constitutivo de la falta, en caso de conductas continuadas; y, en el caso de acciones de oficio, desde la fecha en que tuvo conocimiento la autoridad sancionadora.”

ANÁLISIS DE LOS HECHOS

El hecho inicial del presente caso se da a partir de que se emite la providencia de fecha 16 de noviembre de 2009 a las 10h30, por el doctor Otto Montesinos Guarnizo, el cual desempeñaba en ese momento las funciones de Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, quien mediante dicho decreto señaló para el 18 de febrero de 2010 desde las 14h00 hasta las 18h00 para que tenga lugar el remate en pública subasta del inmueble. El remate que se hará es sobre la base del avalúo pericial que asciende a la suma de CUARENTA MIL DÓLARES 00/100 USD. (\$40,000.00). Las ofertas se presentarán en la Secretaría de este Juzgado en el día y hora señalados conforme a Ley.

La oferta presentada por el accionante de aquel proceso, quien en el día y hora señalados para el remate del inmueble objeto de la partición, se presentó como único postor y ofreció la cantidad de USD. \$ 27.000,00 de contado, postura que el juzgador, el doctor Otto Montesinos Guarnizo, la calificó de preferente mediante providencia de 23 de febrero de 2010 a las 16h55, mediante el auto de adjudicación que se emitió el 2 de marzo de 2010, por el doctor Otto

Montesinos Guarnizo, Juez de la causa, la cantidad establecida en el auto de adjudicación es de USD. \$ 27.000,00 a favor del único oferente y actor de aquel proceso que es el señor Ulises Silva Morales, mediante escrito presentado el 11 de febrero de 2011 a las 15h10 ante el Juzgado Séptimo de lo Civil de Loja, la copropietaria del inmueble rematado, señorita Melva Fernández Arias, impugnó el remate efectuado y solicitó la nulidad de lo actuado, para lo cual manifestó que el demandante no se encontraba legalmente facultado para deducir aquella acción, según lo establecido en el artículo 639 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, la copropietaria realiza esta impugnación más aún porque en el remate de la casa y del inmueble no se ha tomado en cuenta que a la copropietaria le corresponde la mitad de dichos bienes, o sea el 50%, lo que conforme a derecho anula el remate.

A través del Auto de fecha 18 de febrero de 2011 a las 15h30 emitido por el doctor Otto Montesinos Guarnizo, quien atendiendo el pedido anteriormente formulado por la accionante y considerando que aquel proceso ya fue conocido y existió pronunciamiento del superior, el pedido de nulidad solicitado por Melva María Fernández Arias es considerado como ilegal e improcedente.

HECHOS PROCESALES

La Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Loja, mediante providencia del 30 de enero de 2015, dispuso la apertura de la etapa de actuaciones previas con la finalidad de esclarecer los hechos denunciados, mismos que se le adjudican haber sido cometidos por el Dr. Otto Montesinos Guarnizo, Juez Séptimo de lo Civil de Loja.

A través de la providencia del 25 de junio de 2015, la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Loja, apertura el proceso disciplinario contra de los doctores: Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo; Vinicio Alejandro Cueva Ortega; Paúl Edvaldo Carrión González; Milner

Vicente Peralta Torres y Antonio Ruilova Pineda, por presunción del cometimiento de la infracción disciplinaria tipificada y sancionada en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Mediante providencia de fecha 01 de marzo de 2016, a las 08h20, la Subdirectora Nacional de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, puso en conocimiento del sumariado la recepción del expediente y previno con la remisión del mismo al Pleno del Consejo de la Judicatura para su correspondiente resolución. El 25 de mayo de 2016 se emite la Resolución por parte del Pleno del Consejo de la Judicatura en la que en su parte resolutive indica: “9.1. Acoger el informe motivado emitido por la Directora Provincial de Loja del Consejo de la Judicatura. (...) 9.6. Declarar al doctor Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo, por sus actuaciones como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, responsable de error inexcusable y manifiesta negligencia, infracciones disciplinarias tipificadas y sancionadas en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial 9.7. Imponer al doctor (...) Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, la sanción de destitución de su cargo”.

PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA

Dentro del proceso N° 11804-2016-00187, en el cual la parte demandante es el Abogado Ot8to Garmalbin Montesinos Guarnizo, quien plantea la acción en contra del Pleno del Consejo de la Judicatura por un Sumario Administrativo con Resolución Sancionatoria para él, por lo cual la parte actora presentó la respectiva demanda con fecha del 17 de agosto de 2016, misma que es calificada con fecha del 31 de agosto de 2016.

El accionante refiere en lo principal que el 25 de junio del 2015, supuestamente de oficio se le inició en su contra y de otros servidores judiciales, un sumario administrativo donde se los acusa de haber incurrido en la infracción administrativa tipificada en el artículo 109 numeral 7 del

Código Orgánico de la Función Judicial que dice: "Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable". El accionante de esta acción hace énfasis en la expresión, "supuestamente de oficio", debido a que los verdaderos hechos demuestran que se inició en base a una resolución emitida por la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia en el proceso ordinario de tercería excluyente Nro. 0887-2013, de fecha 21 de octubre del 2014.

Como fundamentos de derecho cita las disposiciones legales contenidas en los artículos 76, numerales 3 y 7; y, 226, de la Constitución de la República del Ecuador, las disposiciones del debido proceso establecidas en el Pacto de San José, tratado internacional suscrito y ratificado por el Ecuador; y, artículos 289, 326, numeral 1; y, 327 del COGEP.

En sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con Sede en el Cantón Loja, emitida el 15 de febrero de 2017, los jueces de este Tribunal, llegan a determinar que la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 25 de mayo de 2016 dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM instaurado, entre otros, contra el doctor OTTO GARMALBIN MONTESINOS GUARNIZO, se ha considerado para imponer la sanción lo dispuesto en el artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, vigente, que dispone: "Infracciones Gravísimas. - A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable". Sin embargo, la autoridad sancionadora no ha considerado que la citada norma, a la fecha del cometimiento de la supuesta infracción, esto es, el 16 de noviembre de 2009; no incluía a los jueces como sujetos de sanción con la figura de error inexcusable.

Con estos fundamentos el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Cantón Loja decide aceptar parcialmente la demanda, y se declara la nulidad de la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 25 de mayo de 2016 dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM.

RECURSO DE CASACIÓN

El 16 de marzo de 2017 la Directora Jurídica del Consejo de la Judicatura, en su calidad de delegada del Director General de dicha entidad, interpuso recurso de casación fundamentándose en las causales segunda, y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Con auto de 28 de marzo de 2017 la Conjuenza de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió admitir el recurso de casación por todas las causales propuestas.

La entidad pública expone que en el presente caso, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, en la sentencia recurrida, aplica indebidamente la norma constitucional contenida en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto ésta no es llamada a regular en el presente caso, ya que el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ningún momento ha sancionado al doctor Otto Montesinos, por un acto u omisión que no esté tipificada en la ley como infracción administrativa, así como tampoco, se le ha aplicado una sanción no prevista en la Ley.

Respecto al caso segundo y caso quinto: a) por falta de aplicación de los artículos 125 y numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial; b) por errónea interpretación del inciso primero y numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.- La Directora Jurídica del Consejo de la Judicatura con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, menciona que en el presente caso, se evidencia que en la sentencia recurrida existe contradicción e incompatibilidad, pues resulta

contradictorio determinar y resolver en la sentencia, que la resolución emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura es nula porque existe falta de motivación, en el presente del análisis de la sentencia recurrida, se evidencia que ésta no es razonable, por cuanto no realiza un análisis constitucional ni legal de la infracción cometida por el doctor Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo, pues dentro del juicio contencioso administrativo, se demostró que el ex servidor judicial en su calidad de Juez, remató y adjudicó dicho remate por la totalidad de un bien inmueble, cuando lo que debió hacer era disponer el remate del 20% de los derechos y acciones de dicho inmueble, entregándose inexplicablemente la totalidad de dicho inmueble al rematista de los derechos y acciones, sin embargo, nada de ello menciona el Tribunal en la sentencia impugnada.

Por todo lo expuesto la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia mediante sentencia, emitida el 10 de mayo de 2017 se acepta el recurso de casación interpuesto por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica y Delegada del Director General del Consejo de la Judicatura y en consecuencia casa la sentencia dictada el 15 de febrero de 2017 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio ordinario contencioso administrativo No. 11804-2016-00187 deducido por Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo en contra del Consejo de la Judicatura.

ANÁLISIS DE SENTENCIA

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Cantón Loja con fecha del 15 de febrero de 2017, emite la sentencia en el proceso signado con el No. 11804-2016-00187, a través de la cual acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad de la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 25 de mayo de 2016 dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM, respecto del accionante. Así también,

se dispone el reintegro del accionante al cargo que venía ocupando como Juez de la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil de Loja, y consecuentemente, el pago de las remuneraciones y demás beneficios de ley, esta sentencia es emitida basándose en el análisis de los hechos facticos y procesales presentados tanto por el accionante y por el demandado (Pleno del Consejo de la Judicatura), el Dr. Montesinos Guarnizo Otto interpone la presente acción en contra de la Resolución emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura por una supuesta infracción cometida en el año 2009 misma que se encontraba tipificada en el artículo 109 numeral 7, error inexcusable del Código Orgánico de la Función Judicial.

Orlando, (2018), menciona que el error inexcusable:

Se presenta por una sentencia pobre o regular, quizás negligente en el sentido de no haber valorado correctamente una prueba, o haber obviado aplicar preceptos jurídicos vitales para fortalecer su motivación misma que pudo haber sido ocasionada por un descuido del Juez, o quizás habiendo existido opciones más viables para fundamentar su sentencia, pero, aun así, puede ser que el Juez haya optado por tomar la opción menos acertada.

Como fundamentos de derecho el Dr. Montesinos Guarnizo Otto, cita el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador el cual hace mención a que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; y se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley, la Corte Constitucional del Ecuador hace mención sobre el principio de legalidad en la Sentencia 047-13-SCN-CC, (2013), la cual acota lo siguiente: “el principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales”.

El autor Tamayo, (2008) acerca del principio de legalidad recalca lo siguiente:

El principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.

Teniendo presente que el principio de legalidad constituye la piedra angular de un Estado de Derecho, no es forzoso inferir que su respeto constituye presupuesto de la vigencia de los principios del debido proceso y seguridad jurídica.

La Corte Constitucional del Ecuador emite la Sentencia Nro. 063-15-SEP-CC, 2015, respecto a el debido proceso, en la cual menciona lo siguiente:

Por su parte, el derecho constitucional al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, se constituye en un derecho que posee una relación directa con la seguridad jurídica, en tanto estos dos derechos de forma conjunta amparan que las personas dentro de un proceso de cualquier orden, cuenten con la garantía de que la normativa previa será aplicada adecuadamente por parte de las autoridades judiciales.

El accionante también hace alusión a la prescripción de la acción disciplinaria ya que la supuesta infracción fue cometida en el año 2009 y el pleno del consejo de la judicatura supuestamente de oficio el 25 de junio de 2015 inicia un sumario administrativo en contra del accionante por una falta administrativa gravísima que contempla como sanción la destitución del cargo, es importante mencionar que el numeral 3 del artículo 106 del COFJ, dispone que, la acción disciplinaria prescribe, por las infracciones susceptibles de destitución en el plazo de un año.

En la motivación de la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja, se hace mención que el accionante como principal alegación sostiene

en su demanda que con la imposición de la sanción, se han vulnerado algunos principios y derechos constitucionales, como el debido proceso, tipicidad, legalidad y seguridad jurídica, puesto que, a la fecha del cometimiento de su actuación (16 de noviembre de 2009), como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, considerada luego en la resolución impugnada como “error judicial y manifiesta negligencia” por parte de la autoridad administrativa sancionadora, no se encontraba tipificada como infracción ni sancionada para los jueces la figura del error judicial, sino únicamente se consideraba que podía incurrir en dicha infracción los fiscales y defensores públicos, el tribunal hace un análisis jurídico al problema planteado, ya que al analizar la normativa vigente a la fecha de la supuesta comisión de la infracción por parte del servidor judicial y basándose en lo estipulado en el numeral 7 del artículo 109 mismo que señala que:

Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS. - A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: (...) 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, el tribunal hace referencia que dicha norma se encontró vigente hasta el 13 de julio de 2011. Como se evidencia en la fecha antes referida, únicamente los fiscales y defensores públicos podían ser sancionados por manifiesta negligencia y error inexcusable, pues la norma se amplió a los jueces, el 13 de julio del 2011.

Acosta, (2022), acota que:

El principio de legalidad que influye de manera impositiva que toda actuación administrativa debe encontrar un respaldo de carácter normativo, en cuyo sentido tomamos la máxima latina que refiere: *quae non sunt permissa, prohibita intelligentur*. lo que repercute de manera frontal en la motivación de las actuaciones de la administración pública, so pena de su nulidad. En este sentido la actuación administrativa debe respetar la existencia de norma jurídica previa ley previa, así como grado de certeza *lex certa* que determine su actuar, como mecanismo de protección de las personas ante la actuación de la administración pública.

El principio de legalidad dentro de la normativa ecuatoriana se encuentra abordado desde la carta magna, misma que en su artículo 76, numeral tres hace mención a dicho principio y lo

desarrolla de forma correcta, otros cuerpos normativos también lo contemplan como principio rector de los procedimientos a seguir.

El Tribunal también hace mención que la Constitución de la República del Ecuador dispone en el numeral 3 del artículo 76 lo siguiente:

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 que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...

El citado precepto es conocido como principio de legalidad, el mismo que desde el enfoque del derecho penal y para los efectos del procedimiento administrativo sancionador consiste en la necesidad de ley previa al castigo, el principio de legalidad posee una vertiente material conocida como principio de tipicidad o, más precisamente, de taxatividad. Consiste en la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica.

Acerca de la seguridad jurídica, el autor Acosta, (2022), hace mención que:

El principio de seguridad jurídica estrechamente vinculado a los principios expuestos en líneas anteriores, refiere la certeza del administrado a poder prever las actuaciones de la administración pública se encuentre sujetas a la ley. En materia de derecho administrativo, en este sentido guardar gran vinculación con el principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica que adquiere la connotación de derecho tal como se desprende del antes citado artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Se trata, en definitiva, de que los ciudadanos puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias que se pueden derivar de su conducta. En definitiva, se trata de preservar la competencia del legislador a la hora de determinar qué comportamientos se hacen

acreedores de un reproche sancionatorio, por lo que, en última instancia a evidentes razones de seguridad jurídica, se suma la idea de separación de poderes.

El contenido del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, es absolutamente claro y no deja lugar a dudas al determinar quiénes son los sujetos que pueden incurrir en la infracción de error inexcusable y manifiesta negligencia tipificada en su numeral, estos son: “fiscal o defensor público” conforme a la norma vigente al momento de cometer la infracción 16 de noviembre de 2009 y es posteriormente el: “Juez, fiscal o defensor público”, luego de la reforma del citado Código el 13 de julio de 2011.

El Tribunal hace un correcto análisis jurídico acerca de lo que es el principio de tipicidad y como funciona dentro del derecho administrativo sancionador y en el proceso que lleva a cabo el mismo, es importante resaltar que la supuesta comisión de la infracción se da en noviembre del año 2009 cuando la figura jurídica de “error inexcusable y manifiesta negligencia” se encontraba tipificada únicamente para fiscales y defensores públicos. Siendo en el año 2011 la reforma el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial en el cual en su parte pertinente se añade a los jueces para la infracción de error inexcusable y manifiesta negligencia.

En el presente caso el Tribunal considera necesario hacer un análisis sobre el principio de irretroactividad y señala que no resulta cuestionable en el Derecho administrativo sancionador la prohibición de aplicar disposiciones sancionatorias a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, esto es, la aplicabilidad del principio de irretroactividad a la actividad sancionatoria de la Administración. El fundamento del principio de irretroactividad es múltiple. En primer lugar, hay que buscarlo en el principio de legalidad. La irretroactividad es una garantía para el individuo; su quiebra supone invasiones arbitrarias del Estado en la esfera individual.

Por consiguiente, hay que considerar razones de seguridad jurídica, ya que, de lo contrario, la comunidad nunca sabría qué comportamientos pueden o no realizarse, viviendo en un estado de continuo sobresalto; para que se pueda vincular una sanción con un comportamiento es preciso, entre otras cosas, la existencia de consciencia de la antijuricidad, el sujeto debía saber que la acción estaba prohibida, de forma que pueda calcular las consecuencias jurídicas derivadas de su comportamiento. La afectación del principio de legalidad, trae como consecuencia ineludible la vulneración del debido proceso.

Sobre legalidad, Dromi (2014), sostiene que:

...es la columna vertebral de la actuación administrativa... Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto: 1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiera a la Administración.

Mientras el Derecho siga siendo algo esencialmente mutable siempre será obligado decir, antes de hacer cualquier reflexión sobre el principio de irretroactividad, que el tema está plagado de dificultades de todo tipo, las normas jurídicas inciden, cuando nacen, en una realidad vital tan diversa y tan asimétrica en cuanto a la situación en que se encuentran los derechos y expectativas de cada cual, que su impacto sobre esas situaciones o relaciones jurídicas que traían causa de la legislación anterior es igualmente diverso, el Tribunal hace un correcto análisis del principio de irretroactividad.

Lo anterior, considerando que como se mencionó con anterioridad, la supuesta infracción fue cometida en el año 2009 y la reforma en la cual se añadía al COFJ la figura jurídica por la cual se sanciona al servidor judicial se dio en el año 2011, tomando en cuenta que el principio de irretroactividad tiene carácter particular y que si la normativa sancionadora entró en vigencia

posterior al hecho, su aplicación como infracción perjudica al administrado considerando que la acción fue cometida antes de la promulgación de la reforma.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Cantón Loja tomando en cuenta la motivación realizada en la sentencia en su parte resolutive acepta parcialmente la demanda, y se declara la nulidad de la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 25 de mayo de 2016 dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM, respecto del accionante. Se dispone el reintegro del accionante al cargo que venía ocupando como Juez de la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil de Loja, y consecuentemente, el pago de las remuneraciones y demás beneficios de ley.

El análisis que realiza el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja con relación al fondo del asunto es pertinente, ya que se hace énfasis que el Pleno del Consejo de la Judicatura al momento de emitir el Acto Administrativo que sanciona al Dr. Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo con la destitución de su cargo como Juez, no toma en cuenta que la norma en la que se establece la sanción por la supuesta infracción cometida a la fecha del supuesto cometimiento no incluía a los jueces como sujetos de sanción con la figura de error inexcusable.

En consecuencia, el acto administrativo impugnado, y que fue emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se dictó vulnerando las garantías básicas del debido proceso: la tipicidad y la irretroactividad, ya que no se ha tomado en cuenta que para la fecha de la supuesta comisión de la infracción en dicha norma no se encontraban tipificados la figura jurídica que contemplan a los jueces como sujetos de sanción de error inexcusable y manifiesta negligencia. Es por ello que el análisis jurídico que realiza el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja está bien fundamentado para fallar a favor del accionante y declarar la nulidad del acto administrativo que sanciona con destitución al ex juez.

La Corte Constitucional de Colombia respecto a el principio de irretroactividad en la Sentencia C-619/01, (2001), menciona lo siguiente:

Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Con fecha del 16 de marzo de 2017 el Pleno del Consejo de la Judicatura a través de la Directora Jurídica del Consejo de la Judicatura, en calidad de delegada del Director General de dicha entidad, interpone el recurso de casación en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja. Dicha sentencia, como se indicó en líneas anteriores, acepta parcialmente la demanda planteada por el accionante y declara la nulidad del acto administrativo en la cual se la destituye como juez por una infracción gravísima tipificada en el numeral 7 del artículo 109 del COFJ por error inexcusable y manifiesta negligencia.

El recurso de casación planteado por la entidad demandada se fundamenta en las causales segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en los siguientes casos: por aplicación indebida del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, que a decir del recurrente, correspondía aplicar los artículos 233 ibídem y 104 del Código Orgánico de la Función Judicial; por falta de aplicación de los artículos 125 y numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial; por errónea interpretación del inciso primero y numeral

7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por falta de aplicación de los preceptos jurisprudenciales obligatorios. Con fecha 28 de marzo del 2017 se admite el recurso de casación.

El Pleno del Consejo de la Judicatura menciona que existe una indebida aplicación del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República y falta de aplicación de los preceptos jurisprudenciales obligatorios determinantes en la parte dispositiva de la sentencia. La entidad pública recurrente, en lo que refiere a la aplicación indebida de la norma constitucional acusada, expone:

En el presente caso, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, en la sentencia recurrida, aplica indebidamente la norma constitucional contenida en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto ésta no es llamada a regular en el presente caso, ya que el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ningún momento ha sancionado al doctor Otto Montesinos, por un acto u omisión que no esté tipificada en la ley como infracción administrativa, así como tampoco, se le ha aplicado una sanción no prevista en la Ley.

La Sala de lo Contencioso Tributario y Administrativo de la Corte Nacional de justicia hace mención que, una vez verificado el procedimiento adoptado por la administración dentro del sumario administrativo, corresponde en este punto despejar el punto controvertido; esto es, las alegaciones efectuadas por el accionante en su demanda y que se limitan, en resumen, a la prescripción y a la inexistencia, al momento del cometimiento de la infracción, de norma que tipifique y sancione su conducta como “error inexcusable”.

Así, en el fallo impugnado, a decir de la Sala Especializada, no se establece la relación lógica de los elementos fácticos y jurídicos que deben confluir para que proceda la declaratoria de nulidad, la cual constituye la sanción más grave para la actuación administrativa; por el contrario, la Sala advierte que sentencia materia de análisis, hace énfasis en que la entidad pública recurrente

en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador ha observado la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable para el efecto, ha considerado las garantías al debido proceso. En este sentido, la Sala sostiene que se le ha reconocido plenamente al actor su derecho a la defensa y el correspondiente ejercicio de contradicción.

En este sentido, el autor Parada (2010) considera que “el procedimiento administrativo, equiparable en términos sustanciales con el procedimiento judicial, pues se trata en ambos casos de un conjunto de actividades y actuaciones previas a la emisión de una resolución o acto típico de las corrientes funcionales”.

Además, la Sala analiza que el tribunal ad quo indicó que el contenido del acto administrativo cumple con el requisito de comprensibilidad, no obstante, de lo cual, resuelve declarar la nulidad de la Resolución expedida el 25 de mayo de 2016 por el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del sumario disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en su análisis jurídico realizado menciona que la conducta antijurídica denominada “error inexcusable” es propia de la actividad del Juzgador, sin que evidentemente, la comisión de dicha infracción, excluya a otro operador de justicia. Así mismo, la Sala agrega que para que un error de derecho pueda ser calificado como inexcusable es condición tanto suficiente como necesaria que exista un precepto jurídico que siendo legítimo y estando vigente, contenga un mandato positivo o negativo que fuese claramente identificable, preciso y unívoco, es decir, no susceptible de interpretaciones jurídicas aceptables; caso en el cual, constituirá un error inexcusable cuando el operador de justicia se separe de toda interpretación admisible, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica.

La Sala advierte que en la especie, el juez sumariado, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, ejerció su defensa respecto a las actuaciones irregulares constantes en las providencias de 16 de noviembre de 2009 y la de 18 de febrero de 2010, mediante las cuales dispuso y adjudicó indebidamente el remate de un bien inmueble en detrimento de los derechos que le correspondía a uno de los propietarios, hecho grave e injustificable jurídicamente, que causó efectos irreparables respecto a la señora Melva Fernández Arias, quien ni siquiera fue parte procesal en el juicio ordinario de tercería excluyente.

En consecuencia, la Sala considera que desde el inicio del sumario disciplinario la incorrección imputada al sumariado estuvo claramente definida y entendida por el actor, respecto de la cual ejerció su línea de defensa, imputación que nunca varió en la sustanciación y hasta la conclusión del procedimiento administrativo sancionador. Siendo así, la Sala sostiene que la inobservancia de las circunstancias anotadas en los literales referidos, ha conducido al Tribunal Ad quo a realizar una interpretación errónea del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial en su integridad. En base al análisis expuesto y al haberse evidenciado los vicios contenidos en el caso segundo y caso quinto por la falta y errónea interpretación de las normas analizadas, la Sala acepta el recurso de casación.

Yancha, (2020) sobre el procedimiento administrativo sancionador, menciona lo siguiente:

El procedimiento administrativo sancionador, se caracteriza por ser formal, debido a, que se ejerce una potestad otorgada por el Estado para determinar si es procedente la aplicación de una sanción a un ciudadano. Por lo tanto, todos los actos que ejecuten las entidades de la administración pública y aquellos relacionados a una sanción estarán enfocados en principios y garantías. Con el fin de que avalen una seguridad al administrado y que el mismo ejerza efectivamente las garantías del debido proceso, se entiende que el procedimiento actúa como una garantía para la defensa.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Corte Nacional de Justicia, hace un contraste en cuanto a la interpretación de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja, mencionando que la interpretación acerca de los principios de tipicidad y de legalidad por parte de los jueces ad quo es errónea, puesto que, el sumariado dentro del proceso sumario llevó una línea de defensa contraria a la que alegó en la demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja.

De esta forma la Sala de la Corte Nacional de Justicia realiza una aplicación indebida de los principios antes mencionados, tomando en cuenta que las líneas de defensa del sumariado dentro del sumario disciplinario llevado en su contra no tienen nada que ver con principios básicos del proceso administrativo sancionador y que la interpretación por parte de los jueces del Tribunal ad quo fue correcta, considerando que se centra en los fundamentos básicos de los principios que se deben respetar en el debido proceso.

Por lo tanto, la Sala no aplica el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, el que hace énfasis que nadie puede ser sancionado por una norma que no se encuentre prevista al momento de la comisión de la infracción administrativa, y de aplicarse una norma no vigente que no favorece al sumariado, se vulnera consecuentemente el derecho a la seguridad jurídica.

La Corte Constitucional del Ecuador sobre la seguridad jurídica en Sentencia No. 045-15-SEP-CC, (2011) menciona lo siguiente:

Derecho a seguridad jurídica: En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho.

La Sala de la Corte Nacional de Justicia menciona que la conducta antijurídica denominada “error inexcusable” es propia de la actividad del Juzgador, sin que evidentemente, la comisión de

dicha infracción, excluya a otro operador de justicia. Sin embargo, para que un error de derecho pueda ser calificado como inexcusable es condición tanto suficiente como necesaria que exista un precepto jurídico que siendo legítimo y estando vigente, contenga un mandato positivo o negativo que fuese claramente identificable, preciso y unívoco, es decir, no susceptible de interpretaciones jurídicas aceptables.

Siendo así, que al casar la sentencia del Tribunal ad quo la Sala emite el fallo contraviniendo el principio de tipicidad e irretroactividad, puesto que, en el año 2009 hasta el año 2011 la figura de error inexcusable y manifiesta negligencia solo se encontraba tipificada para fiscales y defensores públicos. Con ello se evidencia que la Sala de la Corte Nacional de Justicia hace caso omiso al principio de irretroactividad tomando en cuenta que la infracción cometida por el servidor judicial fue en el año 2009, y no fue hasta el año 2011 cuando se reformó el Código Orgánico de la Función Judicial añadiendo el error inexcusable y manifiesta negligencia como infracción gravísima para los jueces.

La Corte Constitucional de Colombia respecto al principio de tipicidad en materia de derecho administrativo sancionador emite el siguiente criterio en la Sentencia C-099/03, (2003), en la que se menciona que:

El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (*praeceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legis*). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. Ha considerado esta Corporación que la tipicidad desarrolla el principio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege* y busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

Además, al considerar que las normas no son susceptibles de interpretación jurídica ya que estas contienen un mandato identificables, preciso y unívoco, se contradicen principios básicos del derecho administrativo sancionador como lo son el de tipicidad e irretroactividad, principios que garantizan que la normativa sancionadora sea escrita, descrita y estricta para una correcta aplicación de la misma en el debido proceso y de esta manera no se vulnere los derechos de los servidores sumariados cuando estos comentan algún tipo de infracción.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, únicamente toma en cuenta la comisión de la infracción por parte del servidor judicial y la línea defensiva en el sumario administrativo al momento de casar la sentencia del Tribunal ad quo. Siendo así, que se configura una indebida aplicación de normas por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que generan en consecuencia la vulneración a la tutela judicial efectiva, puesto que a la luz del principio de *Iura Novit Curia*, el juez conoce de derecho y es estrictamente necesario que sepan la correcta aplicación de principios básicos del derecho administrativo sancionador. Dentro de estos principios están principio de tipicidad e irretroactividad, los cuales limitan la potestad disciplinaria de la administración pública.

CONCLUSIÓN

El Ecuador es uno de los Estados con menos desarrollo de doctrina en materia de derecho administrativo sancionador como también en derecho administrativo en general, esto conlleva a que la administración pública, la administración de justicia y los administrados carezcan de las herramientas necesarias para un correcto desenvolvimiento de los mismos dentro de los distintos procesos administrativos, tanto en la vía administrativa como en la judicial.

Con el análisis del caso seleccionado se pudo verificar que los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Corte Nacional de Justicia, violentaron principios básicos del derecho administrativo sancionador, tales como el principio de irretroactividad de la ley y el de tipicidad, al momento de casar la sentencia del Tribunal ad quo y al haber confirmado la legalidad y validez del Acto Administrativo impugnado por el Dr. Otto Montecino.

A lo largo del presente trabajo investigativo y por medio de un análisis exhaustivo de la sentencia emitida por los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Corte Nacional de Justicia, se evidenció que los jueces de la Sala realizan un escaso análisis a la sentencia emitida por el Tribunal Ad Quo. La falta de motivación de la sentencia ocasiona un grave error de derecho al omitir la aplicación de los principios básicos mencionados anteriormente, por cuanto se efectuó un análisis de los hechos y motivación equivocada por parte de los jueces de la Sala, ya que no abordan el problema jurídico de manera oportuna, al habersele impuesto la sanción administrativa al administrado, si no que solamente se enfocaron en la comisión de la infracción por parte del Dr. Otto Montesino, sin tener en cuenta la situación de la normativa jurídica aplicada al momento de la comisión de la infracción administrativa.

Por medio de un análisis comparativo que se realizó a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario del Cantón Loja se concluye que los jueces si realizan un análisis jurídico a la luz de la falta de tipicidad, al momento de la revisión de los hechos fácticos presentados por el demandante y los hechos presentados por el demandado verificando que el Pleno del Consejo de la Judicatura inicia en contra del administrado un sumario administrativo por la supuesta infracción gravísima de “Error inexcusable y manifiesta negligencia” que al momento de la comisión de la supuesta infracción no se encontraba tipificada esta figura para los “jueces”. Por lo tanto, es correcta la motivación de la sentencia que realiza este Tribunal, contemplándose el análisis de los principios de tipicidad y de irretroactividad, los cuales a decir de la sentencia son de suman importancia para que la Administración pueda ejercer su potestad disciplinaria. Caso contrario a la evidente falta de motivación de los Jueces de Sala, quienes interpretan de forma errónea el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República y casan la sentencia del Tribunal Ad Quo, centrándose únicamente en criterios doctrinales que mencionan que la figura jurídica de error inexcusable es por naturaleza propia de los jueces y además atribuyendo que la línea defensiva del Dr. Otto Montesino en el sumario administrativo no contenía los criterios de la vulneración a los principios mencionados.

El derecho administrativo sancionador es regido por principios rectores para el correcto desarrollo de los procedimientos sancionatorios, es así que para que la administración pueda sancionar correctamente al administrado debe contar con normativa en la cual se narre de forma estricta, escrita y cierta las infracciones y los procedimientos que la administración debe llevar para que de esta forma la misma garantice los derechos y garantías básicas del administrado. De esta manera, el principio de tipicidad juega un papel fundamental en el derecho administrativo sancionador, ya que, no puede haber una sanción sin que antes no exista una normativa que

contemple la conducta susceptible de una pena o sanción. En cuanto a los principios rectores del derecho administrativo sancionador la doctrina nacional carece de un estudio profundo de los mismos, por lo que ha desembocado en el cometimiento de errores tanto por los jueces como por la administración pública al momento de dar trámite a procedimientos sancionadores.

El desarrollo de jurisprudencia nacional es muy escaso en materia de derecho administrativo en general, ya que como hemos mencionado en líneas anteriores esta es una rama del derecho poca explorada y desarrollada en el Ecuador, por esto es que a diario se pueden encontrar sentencias en materia de derecho administrativo con inconsistencias y vacíos que inciden negativamente tanto para la administración como para el administrado. El sistema de justicia del Ecuador se centra en ratificar lo que dice la normativa sin que se realice un verdadero desarrollo jurisprudencial de las figuras del derecho administrativo, como en el caso que se analiza lo es el error inexcusable, que a esa fecha no tenía ni siquiera una definición legal. Lo anterior genera vulneración a la tutela judicial efectiva de los administrados que acuden al sistema de administración de justicia con la confianza en que los Tribunales Contenciosos Administrativos declaren la nulidad e ilegalidad de los actos administrativos emitidos con violación a los derechos, pero que, por el contrario, no realizan un verdadero control de legalidad como se pudo evidenciar en el presente caso objeto de este estudio.

REFERENCIA

- Acosta, M. (05 de Enero de 2022). *La Tipificación Administrativa en la Legislación ecuatoriana*.
Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8674/1/T3795-MDACP-Costa-La%20tipificacion.pdf>
- Boix Palop, A. (2004). *Las Convalidaciones Legislativas*. España: PORTAL DERECHO, S.A. (IUSTEL).
- Cabrera Vázquez, M. A., & Quintana Vivanco, R. (2011). *DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO*. Lima: Ediciones Legales.
- Consulta de constitucionalidad de los artículos 576, 577 y 578 del Código penal, 047-13-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 27 de Octubre de 2013).
- Dromi. (2014). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Temis .
- García De Enterría, E. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*. Navarra: Editorial Arazandi.
- Gómez Tomillo, M., & Iñigo, S. R. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Pamplona. España: Editorial Arazandi.
- Jadán, D. (2018). Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador. *Revista de Derecho Universidad Andina Simon Bolivar*.
- López Menudo, F. (2002). El Principio de Irretroactividad. Tres Cuestiones Claves. *Revista Juridica Universidad de Sevilla*, 263-264.
- Machado, S. M. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Publico General*. Madrid: Iustel.

Mata Coto, C. (2014). El principio de Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador (A la luz de la Jurisprudencia Constitucional). *Revista el Faro*, 126. Obtenido de file:///C:/Users/CARLOS/Downloads/DialnetElPrincipioDeTipicidadEnElDerechoAdministrativoSan-5129484.pdf

Orlando, J. (2018). *Aplicacion del Error Inexcusable por parte de los Órganos de Administración de Justicia en el Ecuador*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Ossa Arbeláez, J. (2009). *Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Legis.

Páez Bimos, P. (24 de 05 de 2022). *Legal Today*. Obtenido de Legal Today: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/regimen-disciplinario-de-la-funcion-judicial-en-ecuador-2022-05-24/#:~:text=El%20r%C3%A9gimen%20disciplinario%20en%20la,de%20la%20Rep%C3%BAblica%20del%20Ecuador.>

Parada, R. (2010). *Derecho Administrarivo I parte general*. Madrid: Marcial Pons.

Rebollo Puig, M. (24 de Junio de 2021). *INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Obtenido de INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: <https://www.redalyc.org/journal/5764/576469691001/html/>

Sentencia C-099/03 , D-4146 (Corte Constitucional de Colombia Marzo de 2003).

Sentencia C-619/01, Consulta de Constitucionalidad del artículo 67 de la ley 610 (Corte Constitucional de Colombia 15 de Agosto de 2001).

Sentencia No. 045-15-SEP-CC, 1055-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2011).

Sentencia Nro. 063-15-SEP-CC, 1119-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador Septiembre de 2015).

Suárez Collía, J. M. (2015). Retroactividad e Irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento normativo y jurisprudencial. *Universidad Complutense de Madrid*, 11-13.

Tamayo, R. (2008). *Introducción Analítica al Estudio del Derecho*. Mexico: Themis.

Yancha, P. (15 de Noviembre de 2020). *Aplicación del Procedimiento Sancionador Previsto en la Normativa Especial que Regula a la Agencia Nacional de Regulación Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA) en Relación al Procedimiento Sancionador Establecido en el Código Organico Administrativo*. Obtenido de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/3063/1/77235.pdf>

ANEXOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA.

VISTOS: Esta sentencia se expide cumpliendo con los requisitos exigidos por Art. 95 del Código Orgánico General de Procesos: 1).- JUZGADORES: El Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario del cantón Loja, provincia de Loja, está integrado por los doctores Dionicio Valentín Pardo Rojas, Isauro Antonio Borrero Salgado y Roy David Faller Tinoco (Ponente).- 2) FECHA DE EMISIÓN.- La audiencia de juicio tuvo lugar el día martes 01 de febrero de 2017, en la que se emitió la decisión mediante pronunciamiento oral como lo ordena el Art. 93 del Código Orgánico General de Procesos.- 3) PARTES PROCESALES.- PARTE ACTORA: Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo.- PARTE DEMANDADA: El Pleno del Consejo de la Judicatura, en las personas del doctor Gustavo Jalkh, Presidente del Consejo de la Judicatura; abogado Néstor Arbíto, doctora Rosa Elena Jiménez; abogada Ana Karina Peralta; ingeniero Alejandro Subía, en sus calidades de Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura; Director General del Consejo de la Judicatura, Tomás Alvear; y, Director Regional de la Procuraduría General del Estado de Loja y Zamora Chinchipe.- 4) ENUNCIACIÓN BREVE DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA DEMANDA Y DEFENSA DE LOS DEMANDADOS.- 1. Con fecha 21 de octubre de 2014, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, emitió el fallo dentro del recurso de casación en la causa No. 17711-2013-0887 que por tercera excluyente de dominio propuso la señora Melva María Fernández Arias en contra del Alcalde, Procurador Síndico del cantón Catamayo y el señor Ulises Fernando Silva Morales. En la parte resolutive del citado fallo se dispuso: > (fs. 899-900). 2. La Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Loja, mediante providencia del 30 de enero de 2015, dispuso la apertura de la etapa de actuaciones previas con la finalidad de esclarecer los hechos denunciados (fs. 902). 3. Con providencia del 25 de junio de 2015 (fs. 389-391 vta.), la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Loja, aperturó el proceso disciplinario contra de los doctores: Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo; Vinicio Alejandro Cueva Ortega; Paúl Edvaldo Carrión González; Milner Vicente Peralta Torres y Antonio Ruilova Pineda, por presunción del cometimiento de la infracción disciplinaria tipificada y sancionada en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial. 4. El 24 de septiembre de 2015, se emitió la providencia aperturando la causa a prueba por el término de 5 días. 5. La Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Loja, emitió el denominado Informe Motivado dentro del expediente No. 2015-0023 “O” (fs. 812-828), el mismo que fue puesto a conocimiento del Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Oficio No. 215-DP11-UCD-2016 del 16 de febrero de 2016 (fs. 829), el mismo que fue recibido en la Secretaría de la Subdirección de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura el 18 de los mismos mes y año (fs. 830). 6. El 25 de mayo de 2016, el Pleno del Consejo de la Judicatura emitió la correspondiente Resolución en el Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM, en que, entre otros puntos, resolvió: “9.1. Acoger el informe motivado emitido por la Directora Provincial de Loja del Consejo de la Judicatura. (...) 9.6. Declarar al doctor Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo, por sus actuaciones como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, responsable de error inexcusable y manifiesta negligencia, infracciones disciplinarias tipificadas y sancionadas en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial. 9.7. Imponer al doctor (...) Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo, la sanción

de destitución de su cargo”. La citada resolución fue notificada en la casilla electrónica señalada para el efecto por el ahora accionante el 31 de mayo de 2016, conforme obra de la razón sentada por la Secretaría Ad-hoc de la Subdirección Nacional de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura (fs. 871). 7. Conforme a lo referido en el literal f) del numeral 8 “Argumentación Jurídica” (fs. 854 vta.-855) de la Resolución impugnada, la actuación acusada, al ahora actor como “error inexcusable y manifiesta negligencia”, se detalla en lo siguiente: >. 4.1.- DEMANDA: (fs. 793-796; Aclaración fs. 802-803).- El accionante refiere en lo principal que el 25 de junio del 2015, “supuestamente DE OFICIO” se le inició en su contra y de otros servidores judiciales, un sumario administrativo donde se los acusa de haber incurrido en la infracción administrativa tipificada en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: “Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. Aclara su expresión, “supuestamente de oficio”, porque en realidad se inició en base a una resolución dictada por la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia en el proceso ordinario de tercería excluyente Nro. 0887-2013, de fecha 21 de octubre del 2014. A continuación refiere lo siguiente: “Mis últimas actuaciones judiciales en el juicio de partición Nro. 464-2013, en el cual supuestamente he cometido mi error inexcusable y que por ello se me destituye, han sido en mayo de 2012 y el sumario administrativo se me notifica con fecha 26 de junio del 2015: Sin aceptar ningún tipo de responsabilidad, en el sumario administrativo alegué LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN, ya que han pasado más de cuatro años desde mi intervención en el juicio de partición, hasta que me notifica con el inicio del sumario administrativo, pero NUNCA SE ACEPTO MI EXCEPCIÓN”. El accionante refiere que la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia en el proceso ordinario de tercería excluyente Nro. 0887-2013, en resolución del 21 de octubre del 2014, dice que “hemos cometido un error inexcusable asociado a un error de cálculo”. A lo cual el accionante aclara “que en éste proceso de tercería excluyente, yo nunca intervine”. A continuación transcribe lo dispuesto por el artículo 106 y 115 del Código Orgánico de la Función Judicial, que tratan sobre “la prescripción de la acción y la denegación de trámite”. Luego señala que en el informe del sumario administrativo que envía la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura, el mismo que es acogido por el Pleno del Consejo de la Judicatura para destituirlo, se hace constar “que hay error inexcusable por cuanto ha dictado auto para que tenga lugar el remate de un inmueble. ESE DECRETO ESTÁ A FS. 236 DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y TIENE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DEL 2009. (...) El Código Orgánico de la Función Judicial entra en vigencia en marzo del 2009, ya que se publica en el R.O. NRO: 544 de fecha 9 de marzo del 2009. Ahí se dice en el numeral 7 del art. 109 que existe error inexcusable de los Fiscales y Defensores Públicos. EL ERROR INEXCUSABLE PARA LOS JUECES RECIEN SE CREA (sic) EL 13 DE JULIO DEL 2011, cuando se da la reforma al numeral 7 del art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial (Numeral 7 sustituido por Resolución Legislativa No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de Julio (sic) del 2011), es decir, cuando he dispuesto el remate del bien (16 de noviembre del 2009), fecha en la cual se dice he cometido supuestamente mi error inexcusable, no estaba regulado dicho error inexcusable para los Jueces por lo que se ha violado el principio de legalidad. Como fundamentos de derecho cita las disposiciones legales contenidas en los artículos 76, numerales 3 y 7; y, 226, de la Constitución de la República del Ecuador, las disposiciones del debido proceso establecidas en el Pacto de San José, tratado internacional suscrito y ratificado por el Ecuador; y, artículos 289, 326, numeral 1; y, 327 del COGEP. A continuación analiza y desarrolla el principio de legalidad, el derecho al debido proceso y el principio de tipicidad. Como pretensión requiere: “Se declare la nulidad, la ilegalidad e

inconstitucionalidad del acto administrativo de destitución adoptado en mi contra por el Pleno del Consejo Nacional (sic) de la Judicatura con fecha 25 de mayo del 2016 y notificado el 31 de mayo del 2016 en el sumario administrativo Nro. MOT-0280-SNCD-2016-JLM, dejando sin efecto todas sus consecuencias. Al declarar dicha nulidad, se dispondrá mi reintegro inmediato al Cargo de Juez Titular de la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil de Loja y al pago de todas mis remuneraciones, decimos y demás bonificaciones, con sus respectivos intereses”.- La demanda es aceptada al trámite ordinario en el auto interlocutorio de fecha 31 de agosto de 2016 (fs. 805 y vta.)- 4.2.- DEFENSA DEL DEMANDADO: (fs: 1715-1730 vta.; Aclaración fs. 1736-1738).- Citados legalmente los demandados (fs. 806-809 vta.), dentro del término legal, ha comparecido a contestar la demanda el doctor Esteban Zavala Palacios, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, delegado del Dr. Carlos Tomás Alvear Peña, Director General del Consejo de la Judicatura y representante legal, judicial y extrajudicial de la función judicial. La parte demandada, luego de exponer de una manera minuciosa todos los antecedentes que conllevaron al cometimiento, a decir de la entidad accionada, del error inexcusable y manifiesta negligencia; así como, al desarrollo del sumario administrativo que culminó con el acto administrativo impugnado, se oponen a las pretensiones del actor, señalando algunos conceptos que son desarrollados en su escrito de contestación: 1. “Debida Diligencia”, al respecto, cita el artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador, por el cual los jueces y todos los servidores judiciales deben guardar la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, siendo responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley. Refiere además que la evaluación de su diligencia es uno de los componentes para calificar a los servidores del sector justicia y decidir su permanencia, promoción o separación del servicio, pues ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. En concordancia con dicho principio, el Código Orgánico de la Función Judicial, “considera como un principio rector y fundamental para los servidores que conforman la Función Judicial, a la debida diligencia y la responsabilidad que debe existir como base para el quehacer jurídico en la administración de justicia y legalmente se encuentra establecido el principio de responsabilidad”. 2. “Error Inexcusable”, para su análisis conceptualizan dicha acepción, y se sustentan en doctrina y definiciones emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este contexto la entidad demandada refiere que: “El error inexcusable no es otra cosa que los casos de extrema ignorancia judicial que notoriamente evidencia la falta de idoneidad del juez; es decir, una grosera manifestación de ignorancia o de dolo. El juez, en atención al principio iura novit curia está obligado a conocer la ley y el derecho y todos los marcos jurídicos existentes, pues una de las características, además de la independencia e imparcialidad de las juezas y jueces, es su responsabilidad; de tal modo que si el juez fuera excusable por sus errores, sería afirmar que el juez es libre y no tiene que sujetarse al derecho y a la ley, lo cual es inconcebible en el ordenamiento jurídico del país y tiene por tanto que responder por los actos que constituyan errores inexcusables, pues estos son fatales y funestos para la sociedad, para los ciudadanos, para las partes procesales y para la justicia principalmente; esto es para la sociedad ecuatoriana que confía en las nuevas juezas y jueces cuya misión constituye el establecimiento de la verdad procesal y la paz social, garantizando la ética laica y social”. 3. Como “Base Legal” refiere que para proceder con la sanción se observaron normas constitucionales, legales y reglamentarias, transcribiendo y citando los siguientes artículos: 172, 178 y 181, numerales 3 y 5 de la Constitución de la República; 15, 21, 100, 105 y 109, del Código Orgánico de la Función Judicial. 4. “Legalidad

de la Resolución Impugnada”, con este título la parte demandada, sostiene que los actos administrativos “se rigen por los principios de competencia, legitimidad, ejecutividad e impugnabilidad. Se presume que todo acto administrativo es legítimo porque ha sido dictado por las autoridades y órganos competentes y que se ha cumplido con todas las disposiciones contempladas en la normativa respectiva. Con base en lo manifestado la parte accionada concluye que la Resolución de 25 de mayo de 2016, expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, goza de legalidad, pues fue emitida por autoridad competente y sobre la base del ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura consagrado en la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial. 5. La entidad accionante bajo el título “No se Violaron Derechos Constitucionales”, desarrolla los siguientes puntos 5.1. Debido Proceso. Respecto al caso que nos ocupa, la accionada refiere que se garantizó el debido proceso, el sumario disciplinario que se ha instaurado contra el ahora accionante, se ha tramitado con estricta observancia de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, conforme al procedimiento establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, se ha notificado al sumariado con la iniciación del expediente disciplinario y todas las providencias emitidas dentro del mismo, se ha aperturado el término de prueba, siendo dispuestas y practicadas todas las pruebas solicitadas por el sumariado, otorgándose el derecho a la defensa y aplicándose las reglas y garantías del debido proceso y todas aquellas consagradas en la Constitución de la República. 5.2. Legalidad y Seguridad Jurídica. Al respecto, la parte accionada luego de transcribir el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador que trata sobre el derecho a la seguridad jurídica, señala que en el presente caso, >. Continúa su análisis transcribiendo lo dispuesto por el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial que trata sobre el principio de responsabilidad., concluyendo al respecto que “el sumariado no asumió el compromiso adquirido al momento de su ingreso al servicio público en la Función Judicial y debidamente establecido en la Ley, por lo que la sanción emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura fue proporcional a la falta cometida”. Por otra parte, ante la alegación del accionante que “La Sala de Conjuces de la Corte nacional (sic) de Justicia (...) dicen que hemos cometido un error inexcusable asociado a un error de cálculo. Debo aclarar señores Jueces que en este proceso de tercería excluyente, yo nunca intervine”. Al respecto la entidad accionante refiere que: "Efectivamente (...) el hoy accionante no intervino en el proceso judicial de tercería excluyente, pero no fue en aquel en donde los jueces de instancia actuaron con yerro inexcusable y manifiesta negligencia, sino fue en el proceso de inventarios, partición y adjudicación del bien inmueble inventariado; entregándose total e inexplicablemente a su rematista, quien en dicho proceso judicial, conforme lo había dado a conocer oportunamente a la Jueza de la causa, buscaba la partición de su parte proporcional adquirida mediante compra de derechos y acciones (20%) a los herederos de la causante (Aida Josefa Fernández Arias), pero la negligencia del hoy accionante ocasionó que se adjudique, no el 20% adquirido, sino la totalidad del inmueble de la referencia”. 5.3. con la denominación “Inexistencia de Prescripción de la Acción Disciplinaria”. En relación con la alegación del accionante respecto a que: "El 25 de junio del 2015, supuestamente DE OFICIO se me inicia sumario administrativo... ". La parte demandada señala que “es falso” pues el expediente sumario disciplinario No. 0023 "O" - 2015, efectivamente fue instaurado de oficio en su contra, así como también en contra de cuatro ex servidores judiciales más; es decir, la noticia que el Consejo de la Judicatura tuvo para iniciar aquel proceso disciplinario en su contra, provino del auto resolutorio de inadmisión del recurso de casación emitido por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia de fecha 21 de octubre de 2014, la misma que no constituye queja o denuncia como “maliciosamente lo pretende hacer

creer” el accionante, pues dicho auto resolutorio “constituyó la determinación del error inexcusable en los cuales incurrieron los jueces de instancia al sustanciar la causa, no el juicio de tercera instancia excluyente que mediante dicho auto resolvieron, sino el juicio principal del cual la reclamante, vio perjudicado su patrimonio y sus derechos en general por parte de los jueces de instancia que conocieron y resolvieron los procesos judiciales de inventarios y partición del bien patrimonial”. Recalca que fue a partir del auto resolutorio antes indicado, que el Consejo de la Judicatura tuvo conocimiento de la falta disciplinaria cometida por los operadores de justicia posteriormente sumariados, por tanto hasta antes de aquella resolución, no fue posible saber de aquella infracción, toda vez que el Consejo de la Judicatura, por mandato legal y Constitucional, no puede realizar un control de jurisdicción o de legalidad de las actuaciones judiciales. A continuación analiza las reglas de la prescripción contenidas en el artículo 106 del Código Orgánico de la Función Judicial: “El numeral 3 del artículo 106 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone que la acción disciplinaria prescribe, por las infracciones susceptibles de destitución, en el plazo un año (sic); los plazos de prescripción de la acción disciplinaria se contarán, en el caso de acciones de oficio, desde la fecha que tuvo conocimiento la autoridad sancionadora. La iniciación del proceso disciplinario interrumpe la prescripción hasta por un año. Vencido este plazo, la acción disciplinaria prescribe definitivamente. En el caso en análisis, la Directora Provincial de Loja del Consejo de la Judicatura, tuvo conocimiento de la presunta infracción el 29 de enero de 2015. Se dictó el auto de apertura de aquel proceso sumario disciplinario el 25 de junio de 2015 por el presunto cometimiento de una falta administrativa gravísima que contempla como sanción la destitución del cargo; en consecuencia. el ejercicio de la potestad sancionadora fue oportuno, toda vez que fue ejercido dentro de los plazos previstos en el artículo 106 del Código Orgánico de la Función Judicial. Para finalizar la entidad accionada aclara que “en aquel juicio de partición, en más de dos ocasiones la demandada, señorita Melva Fernández Arias, al comparecer a dicho proceso judicial a través de sus abogados defensores, alegó y expuso su derecho de copropiedad del inmueble en litigio; además de ello, el mismo accionante de aquellos procesos civiles, hizo conocer a los jueces que antecedieron en la sustanciación del juicio al hoy accionante, la parte que adquirió, la fecha y todos los pormenores de aquella adquisición y no siendo suficiente aquello, en los documentos que se agregaron a cada una de las demandas en cada caso (escrituras públicas de compraventa, derechos y acciones y formularios del SRI), dieron cuenta del porcentaje que le correspondía a la demandada sobre aquel inmueble; es decir, aún en el caso en que el actor o la demandada no hubiesen advertido al juzgador de la parte proporcional que entró en discusión a fin de ser partida y/o rematada, estuvo el juzgador en la obligación de revisar y analizar la documentación aparejada a la demanda, pues es en base a aquella que debe resolver a efecto de dar o no la razón al accionante y evidentemente en el caso en cuestión, no cumplió diligentemente su función”. 5) PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS.- 5.1. En la presente causa la parte accionada no ha opuesto excepciones previas contra la demanda deducida por el accionante.- 5.2.- VALIDEZ PROCESAL.- Este Tribunal, al considerar que las partes no presentaron observaciones u objeciones a la validez de la causa, luego de ser debidamente consultados; y, al verificar que no existe vulneración de solemnidad sustancial alguna ni vicios en el procedimiento, declaró la validez procesal. 5.3. DETERMINACIÓN DEL OBJETO E LA CONTROVERSIA.- Se ha fijado el siguiente: “Determinar si la resolución librada por el Pleno del Consejo de la Judicatura que resuelve destituir al Dr. Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo observó el ordenamiento jurídico para su emisión”. 6) RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN.- Se ha demostrado con prueba debidamente anunciada, admitida y practicada, lo siguiente: 6.1. Que la actuación que llevó a la

imposición de la sanción por error inexcusable y manifiesta negligencia, es aquella contenida en el auto dictado el 16 de noviembre de 2009, con el cual el ahora accionante, como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, señala como fecha “para que se lleve a cabo el remate de la totalidad del bien inmueble en cuestión para el día 18 de febrero de 2010” (El texto resaltado en negrilla corresponde al Tribunal). 6.2. Que el accionante Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, por la actuación ejercida en su momento como Juez Séptimo de lo Civil de Loja, fue sancionado con base a la disposición contenida en el numeral 7 del Art. 109, conforme se establece de la Resolución emitida el 25 de mayo de 2016 por el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM (fs. 841-857 vta.); donde en su numeral 9.6. se resuelve: “Declarar al Dr. Otto Garmalbín Montesino Guarnizo; por sus actuaciones como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, responsable de error inexcusable y manifiesta negligencia, infracciones disciplinarias tipificadas y sancionadas en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial” (El texto resaltado en negrilla corresponde al Tribunal). 6.3. Que por efecto de la citada sanción el actor Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo fue destituido de su cargo como Juez en la Unidad Especializada de lo Civil y Mercantil del cantón Loja, conforme se verifica del numeral 9.7. de la parte resolutive de la citada Resolución emitida el 25 de mayo de 2016 por el Pleno del Consejo de la Judicatura que resuelve: “Imponer (...) al doctor Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, la sanción de destitución de su cargo” (El texto resaltado en negrilla corresponde al Tribunal); hecho que ha sido confirmado con la Acción de Personal No. 1888-DP11-2016-FA del 31 de mayo de 2016 (fs. 3). Al respecto, resulta necesario señalar que la Resolución del 25 de mayo de 2016, fue admitida en la Audiencia Preliminar, en base a la prueba solicitada en el numeral 1 del anuncio probatorio de la parte actora; a su vez se practicó dentro de la audiencia de juicio en primer lugar, de acuerdo al orden que el accionante señaló luego de alegato inicial. En relación con la prueba relativa a la acción de personal, ésta fue considerada en el numeral 2 del anuncio de prueba y practicada en segundo lugar en la audiencia de juicio. Si bien se admitió como prueba en la audiencia preliminar, la copia simple obtenida del Sistema de la sentencia dictada en el proceso contencioso Nro.11802-2015-0003, seguido por la Dra. Dora Enith Vega en contra del Consejo de la Judicatura, en el cual, a decir del ahora accionante “se resuelve a favor de la actora un proceso de iguales o idénticas características que el que presento”. Al respecto este Tribunal advierte que de la lectura de dicho documento se determina que el caso resuelto en la referida sentencia, contiene características subjetivas y objetivas distintas a los hechos relatados en la presente causa; razón por la que no se lo puede considerar como precedente para efectos de resolver el presente proceso. 6.4. Por su parte la entidad demandada anunció y practicó la siguiente prueba, tendiente a demostrar que los hechos consignados en el acto administrativo impugnado realmente se produjeron, así: 1. La escritura de compraventa otorgada por el señor Vicente Carrión Bejarano a favor de las señoras Aida Josefa y Melva María Fernández Arias, celebrada el lunes 10 de enero de 1983; 2. El auto resolutorio del 21 de octubre de 2014, emitido por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a través de la cual se declaró el error inexcusable de "...los jueces de instancia, que a su turno conocen de los procesos, en los que no han realizado la obligatoria separación de las cosas sobre las que ejercen competencia entre las que no se encuentra la parte del bien adquirido por Melva Fernández Arias, que sin embargo ha sido entregada graciosamente, a su contraparte"; 3. La escritura pública de venta, otorgada el 23 de abril de 2004, ante el Notario Quinto del cantón Loja e inscrita el 5 de mayo de 2004 bajo el número 318 repertorio 682 del Registro de la Propiedad del cantón Catamayo, provincia de Loja, por la cual, los señores: Oswaldo Enrique Jacob y Ángel Aníbal Fernández, vendieron a favor del señor Ulises Fernando Silva Morales "...los derechos y

acciones que les corresponden en los bienes dejados por su extinta madre (...) radicados sobre el lote de terreno ubicado en el recinto Canoas de la Parroquia Catamayo del cantón Catamayo, Provincia de Loja, que su prenombrada madre (...) Aída Josefa Fernández Arias, lo adquiriera a dicho inmueble conjuntamente con la Licenciada Melva Maria Fernández...”; 4. La demanda de inventarios presentada el 25 de noviembre de 2005, ante el Juzgado Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, por medio de la cual, el señor Ulises Fernando Silva Morales, comprador de los derechos y acciones vendidos por Oswaldo Enrique Jacob y Ángel Aníbal Fernández en el lote de terreno ubicado en el sitio denominado "Las Canoas" de la parroquia y cantón Catamayo, demandó en juicio de inventarios a todos los (CINCO) herederos de la señora AIDA JOSEFA FERNÁNDEZ ARIAS; 5. Formulario No. 108 (Anexo a declaración del impuesto a la renta) correspondiente a Melva Fernández Arias, en cuyo casillero 331 correspondiente a la cuota/porción heredada, se registra el 10% de derechos y acciones del inmueble materia de la partición, los cuales sumados al 50% que poseía de dicho inmueble por haberlo adquirido conjuntamente con su madre, determinaban el 60% de su propiedad; 6. La demanda de partición presentada el 19 de septiembre de 2006, por el señor Ulises Silva Morales, quien demandó a las coasignatarias de los derechos y acciones del inmueble a partirse, esto fue: Melva María, Alba Celeste y Lupita Beatriz Fernández. 7. Escrito del 29 de noviembre de 2006, presentado al Juzgado Séptimo de lo Civil de Loja por La doctora Janeth Castro Solórzano, a nombre de la demandada señora Melva Maria Fernández Arias, quien manifestó que “el edificio construido en el terreno es de absoluta propiedad de mi mandante por consecuencia debe ser excluido de la partición y dentro del juicio debe tomarse en consideración este hecho como cuestión de previo pronunciamiento, no corresponde a la sucesión el inmueble. Por lo demás el Sr. Silva falta a la verdad, pues yo no tengo mi domicilio en la ciudad de Catamayo y lo conoce perfectamente por que ha llegado en múltiples ocasiones cuando trataba de adquirir la casa, en consecuencia la demanda en la forma como ha sido presentada es improcedente.". 8. La providencia de fecha 16 de noviembre de 2009 a las 10h30, emitida por el doctor Otto Montesinos Guarnizo, Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, quien mediante dicho decreto señaló para el 18 de febrero de 2010 desde las 14h00 hasta las 18h00 para que tenga lugar el remate en pública subasta del inmueble consistente en "... lote de terreno y casa de habitación ubicado en el sitio denominado las Canoas, en la Avenida vía a la Costa, junto a la Gasolinera Gasosilva de la Parroquia y Cantón Catamayo, provincia de Loja, inscrito con el Nro. 11, repertorio 12 de fecha 19 de enero de 1.983, bajo los siguientes linderos: (...) y una superficie total de dos mil cuatrocientos setenta metros cuadrados con dieciséis centímetros cuadrados, remate que se hará sobre la base del avalúo pericial que asciende a la suma de CUARENTA MIL DÓLARES 00/100 USD. (\$ 40,000.00). (...) Las ofertas se presentarán en la Secretaría de este Juzgado en el día y hora señalados conforme a Ley”. 9. La oferta presentada por el accionante de aquel proceso, quien en el día y hora señalados para el remate del inmueble objeto de la partición, se presentó como único postor y ofreció la cantidad de USD. \$ 27.000,00 de contado, postura que el juzgador, doctor Otto Montesinos Guarnizo, la calificó de preferente mediante providencia de 23 de febrero de 2010 a las 16h55; 10. Auto de adjudicación emitido el 2 de marzo de 2010, por el doctor Otto Montesinos Guarnizo, Juez de la causa, por la cantidad de USD. \$ 27.000,00 a favor del único oferente y actor de aquel proceso, Ulises Silva Morales; 11. Escrito presentado el 11 de febrero de 2011 a las 15h10 ante el Juzgado Séptimo de lo Civil de Loja, mediante el cual, la copropietaria del inmueble rematado, señorita Melva Fernández Arias, impugnó el remate efectuado y solicitó la nulidad de lo actuado, para lo cual manifestó que el demandante no se encontraba legalmente facultado para deducir aquella acción, según lo establecido en el artículo 639 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil; pero más aún

porque "...en el remate de la casa y del inmueble no se ha tomado en cuenta que a mi me corresponde la mitad de dichos bienes, o sea el 50%, lo que conforme a derecho anula el remate..."

12. Auto de fecha 18 de febrero de 2011 a las 15h30 emitido por el doctor Otto Montesinos Guarnizo, quien atendiendo el pedido anteriormente formulado por la accionante y considerando que aquel proceso "ya fue conocido y existió pronunciamiento del superior (fs. 120), el pedido de nulidad solicitado por Melva Maria Fernández Arias es ilegal e improcedente...". 13. La providencia de fecha 01 de marzo de 2016, a las 08h20, a través de la cual, la Subdirectora Nacional de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, puso en conocimiento del sumariado la recepción del expediente y previno con la remisión del mismo al Pleno del Consejo de la Judicatura para su correspondiente resolución. 14. La resolución de fecha 25 de mayo de 2016, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura en la que POR UNANIMIDAD resolvió: "9.1. Acoger el informe motivado emitido por la Directora Provincial de Loja del Consejo de la Judicatura.(...) 9.6. Declarar al doctor Otto Garmalbin: Montesinos Guarnizo, por sus actuaciones como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, responsable de error inexcusable y manifiesta negligencia, infracciones disciplinarias tipificadas y sancionadas en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial 9.7. Imponer al doctor (...) Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, la sanción de destitución de su cargo". 9.8. Remitir copias certificadas a la Fiscalía, por existir indicios del presunto cometimiento de una infracción punible, en relación al escrito de 23 de abril de 2008". 6.5. Lo referido en el subnumeral anterior se confirma con la declaración de parte rendida por el doctor Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, quién ante el pliego de preguntas formuladas por el abogado de la parte demandada, respondió: A la primera interrogante: Pregunta: Qué cargo desempeñó usted durante el período de tiempo comprendido entre el 16 de noviembre de 2009 hasta el 18 de febrero del año 2012. Respuesta: Haber fechas exactas no recuerdo, pero ejercía las funciones de Juez, o sea no tengo señores Jueces claro las fechas que me indica pero ejercía las funciones de Juez Civil, si mal no recuerdo en Catamayo en las fechas que se me menciona, porque fui antes Juez en Macará, Juez en Catamayo después Juez en Loja, pero no tengo claro las fechas. Pregunta: Conoció usted la demanda de partición solicitada por el Señor Ulises Silva Morales? Respuesta: El proceso sí... intervine en el proceso. Pregunta: Sabe usted si en ese proceso de partición el señor Ulises Silva Morales solicitaba que se le adjudique el 20% de sus derechos y acciones adquiridos a los herederos de la señora Aida Fernández Arias? Respuesta: No recuerdo. Pregunta: Usted señaló día y hora para que se lleve a cabo el remate de la totalidad del inmueble pedido en partición? Respuesta: Eso consta en el proceso. Pregunta: El señor Ulises Silva Morales solicitó la partición del 20% de derechos y acciones, sobre cuanto se ordenó el remate del inmueble que se le adjudicó al señor Morales, Silva? Respuesta: No recuerdo cuanto solicitó el señor pero yo dispuse el remate de la totalidad del bien. Pregunta: Es obligación del juzgador revisar el expediente antes de resolver la causa? Respuesta: Así es. Pregunta: Revisó usted que es lo que el actor solicitaba en su demanda al momento de emitir la sentencia, en ese juicio de partición? Respuesta: Haber yo en ese juicio de partición no emití sentencia, yo no recuerdo en qué estado, si mal no recuerdo, ese proceso de partición lo tramitó la Doctora Krupscaya y, si mal no recuerdo yo lo conocí después de cuestiones resolución previa cuando se había discutido todo; si, ya, después de eso yo entré al juzgado de Catamayo y me hice cargo de ese proceso. Pregunta: Sabe usted que el faltar a las obligaciones de juzgador es una falta disciplinaria establecida en el código orgánico de la función judicial? Respuesta: Conozco. Pregunta: Sabe usted que el error inexcusable es sancionado con destitución? Respuesta: ... el error inexcusable se tipificó en la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial en el 2009 para fiscales y defensores públicos y en el 2010 se los agregó como error inexcusable en los

jueces. Pregunta: Solamente en forma afirmativa o negativa: conoce usted que el error inexcusable es sancionada con destitución del cargo? Respuesta: Sí. 6.6. Con base a la prueba actuada por la parte demandada, la misma que no ha sido objetada ni desvirtuada por el accionante, se determina ciertamente que la actuación del ahora demandante, se ha desarrollado en los términos establecidos en la resolución impugnada de fecha 25 de mayo de 2016, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura; sin embargo corresponde analizar si dicha conducta se encontraba tipificada como error inexcusable o manifiesta negligencia y por tanto sujeta a la sanción de destitución determinada en la norma. 7) MOTIVACIÓN.- En la Función Judicial, por mandato constitucional el Consejo de la Judicatura ejerce la potestad disciplinaria, bajo el principio de legalidad; esto es, en estricta observancia de lo establecido tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial, cuerpo sustantivo que determina cuáles son las actuaciones que se configuran en faltas disciplinarias; como en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, norma adjetiva que establece, el procedimiento que debe cumplirse para ejercer dicha potestad. La atribución constitucional del Consejo de la Judicatura, consecuentemente, está enmarcada y desarrollada en la Ley, por lo que la misma está legalmente limitada con respecto a su discrecionalidad, es decir, no tiene la posibilidad de ejercer sus atribuciones al margen de la normativa antes referida, por lo que no corre de su sola voluntad el determinar que tal o cual comportamiento se constituyen, en determinado momento, como falta disciplinaria o, a su discrecionalidad, establecer sanciones que no estén previstas en la misma Ley. Consecuentemente, su potestad sancionadora, en todo momento, está sujeta a lo que taxativamente señala el Código Orgánico de la Función Judicial; inclusive debe sujetarse en lo que respecta a la correspondencia entre falta y sanción (tipicidad) ya que también este aspecto se encuentra establecido en consideración a la gravedad que puede revestir determinada conducta. Bajo esta premisa corresponde analizar el accionar de la entidad demandada durante la tramitación del sumario administrativo y su correspondiente resolución administrativa, la misma que ha sido impugnada por el accionante. Al respecto, este Tribunal determina que el sumario administrativo instaurado en contra del ahora demandante, ha observado el procedimiento establecido en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, así también se concluye que existe evidencia procesal que el accionante fue notificado con la instauración del sumario administrativo; que éste contestó los cargos del sumario administrativo planteado en su contra, contando para este propósito con la información necesaria; así mismo, se evacuó la prueba solicitada por el sumariado; y, finalmente, se ha verificado que dentro del procedimiento administrativo sancionador contó con el auspicio de su abogado defensor. A su vez el accionante en su demanda no ha acusado error o vicio alguno, relacionado con la sustanciación del sumario administrativo en su contra.- Una vez verificado el procedimiento adoptado por la administración dentro del sumario administrativo, corresponde en este punto despejar el punto controvertido; esto es las alegaciones efectuadas por el accionante en su demanda y que se limitan, en resumen, a la prescripción y a la inexistencia, al momento de cometimiento de la infracción, de norma que tipifique y sanciones su conducta como “error inexcusable”. 7.1. El accionante en su demanda sostiene que han transcurrido más de cuatro años desde su intervención en el juicio de partición; causa en la cual supuestamente cometió el error inexcusable; razón por la que ha operado la prescripción, las afirmaciones efectuadas por el accionante en su demanda, resultan por demás vagas y generales, a su vez en las correspondientes audiencias preliminar y de juicio no se ha hecho referencia por parte del actor sobre este particular, como tampoco se aportado prueba alguna como justificación de sus afirmaciones, razón por la que no resulta pertinente pronunciamiento alguno de este Tribunal, al respecto. 7.2. El accionante como principal alegación sostiene en su demanda

que con la imposición de la sanción, se han vulnerado algunos principios y derechos constitucionales, como el debido proceso, tipicidad, legalidad y seguridad jurídica, puesto que, a la fecha del cometimiento de su actuación (16 de noviembre de 2009), como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, considerada luego en la resolución impugnada como “error judicial y manifiesta negligencia” por parte de la autoridad administrativa sancionadora, no se encontraba tipificada como infracción ni sancionada para los jueces la figura del error judicial, sino únicamente se consideraba que podía incurrir en dicha infracción los fiscales y defensores públicos. Este Tribunal para efectos de resolver el problema jurídico planteado considera imperativo analizar la normativa vigente a la fecha del cometimiento de la supuesta infracción. Al respecto, es necesario señalar que el Código Orgánico de la Función Judicial, fue emitido mediante Ley 0, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 09 de marzo de 2009. En el numeral 7 del artículo 109 de dicho cuerpo normativo se incluye la figura del error judicial y negligencia manifiesta. La citada norma, en su parte pertinente dispone: “Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: (...) 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. La referida norma, en los términos expuestos, se mantuvo vigente hasta el 13 de julio de 2011 cuando mediante Resolución Legislativa No. 00, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 13 de julio de 2011 se reforma dicha disposición en el siguiente sentido: “7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. Conforme a lo expuesto en el literal f) de la resolución impugnada se determina que: “Continuando con el estudio del juicio de partición, a fojas 219 del presente expediente disciplinario consta la certificación emitida por el Registrador de la Propiedad del cantón Catamayo, el 14 de julio de 2009, del cual se lee claramente que, el bien inmueble en materia, fue adquirido al señor Vicente Carrión Bejarano, por parte de la señora Aída Josefa Fernández Arias y la licenciada Melva María Fernández Arias. Adicionalmente, de los recaudos procesales (conforme se indicó en líneas superiores) se vislumbra las declaraciones tributarias, en las cuales se detallan el porcentaje que cada uno de los beneficiarios posee; ante lo cual, resulta inverosímil que de la meridiana claridad expuesta, el doctor Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, mediante auto de 16 de noviembre de 2009, señale para que se lleve a cabo el remate de la totalidad del bien inmueble en cuestión para el día 18 de febrero de 2010. Y, que, posteriormente, mediante providencia de 2 de marzo de 2010, el invocado operador de justicia “...adjudicase a Ulises Silva Morales, el bien inmueble objeto de la subasta, por haberse calificado de preferente su oferta, y que es el siguiente: lote de terreno y casa de habitación (...) es decir, es claro poder inferir que el doctor Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, habría incurrido en error inexcusable y manifiesta negligencia, toda vez que, se evidenciaría una notoria ineptitud o descuido al momento de administrar justicia por parte del servidor judicial, al desconocer el porcentaje que le correspondía a la señora Melva María Fernández Arias” (Lo resaltado con negrita corresponde al Tribunal). Por lo expuesto debemos considerar dicha fecha 16 de noviembre de 2009, como aquella en la que el accionante como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, intervino con manifiesta negligencia y error inexcusable. Como se evidencia a la fecha antes referida, únicamente los fiscales y los defensores públicos podían ser sancionados por manifiesta negligencia y error inexcusable, pues la norma se amplió a los jueces, recién el 13 de julio de 2011. 7.2.1. La Constitución de la República del Ecuador dispone en el numeral 3 del artículo 76 lo siguiente: “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: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al MOMENTO DE COMETERSE, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...” (El texto en mayúsculas corresponde al Tribunal). El citado precepto es conocido como principio de legalidad, el mismo que desde el enfoque del derecho penal y para los efectos del procedimiento administrativo sancionador “...consiste en la necesidad de ley previa al castigo” (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo Vi, pág. 414). Expresión clásica de este principio es “Nullum crimen, nulla poena sine lege” (ningún delito ni pena sin previa ley). En el ámbito administrativo, el principio de legalidad entraña además la sumisión de la actuación del funcionario público a la Ley.- Para Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “El procedimiento administrativo es el cauce natural para la formación de la voluntad de la Administración Pública. No puede imponerse ninguna sanción administrativa sin que previamente se haya tramitado el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Este procedimiento de imposición de sanciones administrativas es una paradigmática manifestación de la doble función de garantía que tienen todos los procedimientos administrativos, que buscan el acierto en la aplicación de la Ley al caso concreto y la tutela del ciudadano, de forma que se asegure la legalidad subjetiva; en definitiva el procedimiento administrativo sancionador se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre la protección de los intereses públicos (que lleva a sancionar determinadas conductas infractoras del ordenamiento jurídico) y la garantía de los derechos del inculcado”. (DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Parte General Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3era. Edición. Pág. 692). Sobre este punto, la parte accionada en su escrito de contestación refiere: >. Según lo referido, la parte accionada sostiene que el encabezado del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial resulta suficiente para imponer la sanción de destitución; sin embargo, dicha afirmación no advierte que el encabezado contiene la sanción mientras que el numeral 7 de la referida el norma contiene la relación entre los sujetos imputables y la infracción. Con relación a lo manifestado, es necesario señalar que: “El principio de legalidad posee una vertiente material conocida como principio de tipicidad o, más precisamente, de taxatividad. Consiste en la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica. Se trata, en definitiva, de que los ciudadanos puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias que se pueden derivar de su conducta. El fundamento de tal mandato reside en que la reserva de ley sólo puede desarrollar toda su eficiencia cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez, en el ámbito penal o de la Administración, en el contexto del Derecho administrativo sancionador. En definitiva, se trata de preservar la competencia del legislador a la hora de determinar qué comportamientos se hacen acreedores de un reproche sancionatorio, por lo que, en última instancia a evidentes razones de seguridad jurídica, se suma la idea de separación de poderes” (DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Parte General Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. Manuel Gómez Tomillo / Iñigo Sanz Rubiales; Thomson Reuters Aranzadi; 3era. Edición; España-2013; pp. 159, 161). El contenido del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, es absolutamente claro y no deja lugar a dudas al determinar quienes son los sujetos que pueden incurrir en la infracción de error inexcusable y manifiesta negligencia tipificada en su numeral; estos son: “fiscal o defensor público” conforme a la norma vigente al momento de cometer la infracción (16 de noviembre de 2009) y es posteriormente el: “Juez, fiscal o defensor público”, luego de la reforma del citado Código el 13 de julio de 2011. El

sancionar al juez con base a una norma que no se encontraba vigente en su momento, atenta contra el principio de irretroactividad de la norma. Sobre este particular resulta interesante el siguiente análisis doctrinario: “No resulta cuestionable en el Derecho administrativo sancionador la prohibición de aplicar disposiciones sancionatorias a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, esto es, la aplicabilidad del principio de irretroactividad a la actividad sancionatoria de la Administración. El fundamento del principio de irretroactividad es múltiple. En primer lugar, hay que buscarlo en el principio de legalidad. La irretroactividad es una garantía para el individuo; su quiebra supone invasiones arbitrarias del Estado en la esfera individual. Por consiguiente, hay que considerar razones de seguridad jurídica, ya que de lo contrario, la comunidad nunca sabría qué comportamientos pueden o no realizarse, viviendo en un estado de continuo sobresalto. Asimismo, se entiende que se puede fundamentar en el principio de proporcionalidad, por falta de necesidad de pena o por la existencia de una necesidad menos intensa. En tercer lugar se acude al principio de culpabilidad; como veremos más adelante: para que se pueda vincular una sanción a un comportamiento es preciso que la acción sea culpable, lo que requiere, entre otras cosas, la existencia de conciencia de la antijuridicidad. El sujeto debía saber que la acción estaba prohibida, de forma que pueda calcular las consecuencias jurídicas derivadas de su comportamiento. Para ello es preciso que el comportamiento se encuentre previsto en una norma en el momento de comisión de los hechos. Por último, si uno de los fines de la sanción es la disuasión, tal fin pierde su sentido si la conducta no estaba previamente prohibida”.

(DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Parte General Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. Manuel Gómez Tomillo / Íñigo Sanz Rubiales; Thomson Reuters Aranzadi; 3era. Edición; España-2013; pp. 182, 183).

7.2.2. La afectación al principio de legalidad, trae como consecuencia ineludible la vulneración al debido proceso, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de nuestra Constitución de la República, el principio de legalidad, contenido en el numeral 3 de la citada norma constitucional es una garantía básica del derecho al debido proceso. La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia librada el 08 de abril del 2015, Caso Nro. 1935-11-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 510 de 28 de mayo del 2015, con relación a las garantías del debido proceso ha señalado: >. 7.2.3. En mérito a lo establecido en el subnumeral que antecede se puede afirmar que al vulnerarse el principio de legalidad indefectiblemente se afectarían otros derechos constitucionales como el derecho al debido proceso y seguridad jurídica, pues el irrespeto de una norma o su consecuente mala aplicación de la misma por cualquier autoridad atenta o viola la garantía constitucional de la seguridad jurídica. > (Resolución de la Corte Constitucional 53, Registro Oficial Suplemento 617 de 12 de Enero del 2012).

7.2.4. Con base a lo hasta aquí analizado, se ha logrado determinar que el acto administrativo impugnado carece de motivación, pues para su emisión se ha fundamentado en una disposición, que al momento de cometerse la infracción no se encontraba vigente. La motivación es un elemento que no puede jamás desligarse del acto administrativo, como así lo dispone la Constitución de la República en sus artículos 66, numeral 23 y 76, numeral 7, literal I), y el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada. Al respecto es oportuno mencionar que, la motivación es un requisito esencial para la validez de las resoluciones de los poderes públicos, pues en ella se exige que las decisiones de las personas que ejercen jurisdicción y competencia, ya sea en el ámbito judicial como administrativo, sustenten sus decisiones en la ley y en la pertinencia de su aplicación a los hechos preestablecidos, requisito que se lo ha instituido en el ordenamiento jurídico del país para evitar abuso o arbitrariedades de las autoridades y jueces. En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador, señal: “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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución **NO SE ENUNCIAN LAS NORMAS O PRINCIPIOS JURÍDICOS EN QUE SE FUNDA Y NO SE EXPLICA LA PERTINENCIA DE SU APLICACIÓN A LOS ANTECEDENTES DE HECHO**. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos...” (Las mayúsculas corresponden al Tribunal). La Corte Constitucional del Ecuador ha determinado que para que una resolución se encuentre debidamente motivada, la fundamentación debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible. La razonabilidad de una decisión se refleja en la fundamentación de los principios constitucionales y legales, es decir en el derecho; por lógica, se entiende la existencia de la debida coherencia entre las premisas y la conclusión, mientras que la comprensibilidad implica la claridad en el lenguaje utilizado a efectos de ser entendible por los ciudadanos. (Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 227-12-SEP-CC, caso No. 1212-11-EP de 21 de junio del 2012). Analizando el criterio emitido por la Corte Constitucional y contrastándolo con la resolución impugnada, tenemos que el acto administrativo cumple con el requisito de comprensibilidad, pues resulta bien estructurada y clara, es decir de fácil comprensión; sin embargo, carece de los otros dos elementos; esto es de razonabilidad, pues este elemento exige la fundamentación en una norma o principio constitucional o legal, en el caso en análisis la autoridad administrativa se fundamenta en una norma que no se encontraba vigente al momento de cometer la infracción. Tampoco cumple con el requisito lógico, pues carece de la coherencia entre las premisas y la conclusión, para demostrar lo manifestado basta un simple análisis: A la fecha de cometimiento de la infracción únicamente los fiscales o defensores públicos podían ser sancionados por error inexcusable o manifiesta negligencia; el accionante a dicha fecha no ostentaba cargo de fiscal ni de defensor público, por tanto el actor no podía ser sancionado por error inexcusable o manifiesta negligencia; sin embargo en la resolución impugnada se sancionó al actor por su actuación, como Juez Séptimo de lo Civil con sede en Catamayo. Con este sencillo pero claro ejercicio se demuestra la carencia del requisito lógico en el acto administrativo. “Sobre la motivación la Primera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador determina de esta forma: "Que un acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o que no se lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario o dicho ordenamiento o bien se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación” El texto en negrillas corresponde al Tribunal. (Resolución de la Corte Constitucional 53, Registro Oficial Suplemento 617 de 12 de Enero del 2012). Con base a lo manifestado, al tenor de lo dispuesto en el literal 1), numera 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador el efecto de la falta de motivación acarrea la nulidad del acto administrativo. Previo a concluir el presente análisis, resulta necesario referir lo señalado, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al deber de motivación, en uno de sus fallos y extrapolarlo a la instancia administrativa, pues el deber de motivación conforme a nuestra constitución debe efectuarse tanto en sede judicial como administrativa, al respecto manifiesta: > [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)]. En estas pocas líneas se advierte la imperiosa necesidad de que las actuaciones sean estas administrativas o judiciales, deben ser debidamente motivadas. En este punto, por último, es necesario señalar que, ninguna servidora ni servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones,

o por sus omisiones, conforme lo establece el artículo 233 de la Constitución de la República. Que, por ello, la administración pública posee facultades disciplinarias sobre sus funcionarios con el fin de establecer responsabilidades y establecer sanciones, según el caso. Que, dicha responsabilidad debe ser establecida conforme derecho a través de un procedimiento administrativo sancionatorio (sumario administrativo) y mediante un acto administrativo debidamente motivado. Dicho procedimiento sancionatorio que concluye con el correspondiente acto administrativo debe garantizar al servidor público el debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República; y, que el respeto a dichas garantías es una obligación por parte del Estado y sus organismos, pues, el estado de derecho implica una sujeción total de la administración a lo establecido en la ley y en la Constitución. En esta línea, si la cuestionable actuación del servidor judicial, aspecto que no ha sido rebatido en el presente proceso, merecía una sanción disciplinaria, debió establecerse el tipo de infracción y la sanción que correspondía a tal comportamiento. 8) **DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.-** Conforme se determina de la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 25 de mayo de 2016 dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM instaurado, entre otros, contra el doctor OTTO GARMALBIN MONTESINOS GUARNIZO, se ha considerado para imponer la sanción lo dispuesto en el artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, vigente, que dispone: “Infracciones Gravísimas.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: (...) 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. Sin embargo, la autoridad sancionadora no ha considerado que la citada norma, a la fecha del cometimiento de la supuesta infracción, esto es, el 16 de noviembre de 2009; no incluía a los jueces como sujetos de sanción con la figura de error inexcusable. Con base a lo manifestado se establece que al “Declararse al doctor Otto Garmalbín Montesinos Guarnizo, por sus actuaciones como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo, responsable de error inexcusable y manifiesta negligencia...”, en los términos señalados en la resolución impugnada, se ha violado la garantía básica del derecho al debido proceso, contenida en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone: “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: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento” y en el literal l) del numeral 7 del citado artículo 76 de la Constitución, puesto que el acto impugnado como quedó dicho no se encuentra motivado. De igual manera se evidencia la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 ibídem, que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Resulta inobjetable que emitir una sanción fundamentándose en una disposición que al momento de cometerse la infracción no se encontraba vigente, afecta la motivación del acto administrativo, por lo que al tenor de lo ordenado por el literal l) del artículo 76 de la Constitución de la República, acarrea la nulidad del citado acto administrativo. **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA, PROVINCIA DE LOJA, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta parcialmente la demanda, y se declara la nulidad de la Resolución

dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 25 de mayo de 2016 dentro del Expediente Disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM, respecto del accionante. Se dispone el reintegro del accionante al cargo que venía ocupando como Juez de la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil de Loja, y consecuentemente, el pago de las remuneraciones y demás beneficios de ley, dejados de percibir desde su destitución hasta su efectivo reintegro, los valores a cancelar se calcularán pericialmente.- Sin lugar las demás pretensiones.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese.

SENTENCIA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: a) el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012; b) la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; c) con Resolución N° 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se integraron las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; d) somos competentes para resolver esta causa en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), así como del acta del sorteo efectuado el 06 de abril de 2017. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: I.- ANTECEDENTES 1.1.- En el juicio ordinario contencioso administrativo No. 11804-2016-00187, propuesto por Otto Montesinos Guarnizo en contra del Consejo de la Judicatura, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja dictó sentencia el 15 de febrero de 2017 aceptando parcialmente la demanda propuesta por el actor, declarando nulo el acto administrativo contenido en la Resolución dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura de 25 de mayo de 2016 dentro del expediente disciplinario No. MOT0280-SNCD-2016-JLM, en consecuencia dispuso el reintegro del accionante al cargo de Juez de la Unidad Especializada de lo Civil y Mercantil de Loja y el pago de las remuneraciones y demás beneficios de ley dejados de percibir desde su destitución hasta su efectivo reintegro. 1.2.- La Directora Jurídica del Consejo de la Judicatura, en su calidad de delegada del Director General de dicha entidad, interpuso recurso de casación fundamentándose en las causales segunda, y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en los siguientes casos: por aplicación indebida del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, correspondiendo aplicar los artículos 233 ibídem y 104 del Código Orgánico de la Función Judicial; por falta de aplicación de los artículos 125 y numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial; por errónea interpretación del inciso primero y numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por falta de aplicación de los preceptos jurisprudenciales obligatorios. 1.3.- Con auto de 28 de marzo de 2017 la Conjuenza de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió admitir el recurso de casación por todas las causales propuestas. 1.4.- Con auto de sustanciación de 10 de abril de 2017, el Juez ponente convocó para el día miércoles 26 de abril de 2017, a las 15h00, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP. II.-

ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA 2.1.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 15 de febrero de 2017 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en la ciudad Loja, dentro del juicio No. 11804-2016-00187 adolece de los yerros acusados por la entidad recurrente. 2.2.- Audiencia de casación.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el abogado patrocinador del Consejo de la Judicatura debidamente facultado; así como el abogado patrocinador del actor Otto Montesinos Guarnizo. La entidad pública recurrente identificó la sentencia impugnada, las disposiciones legales infringidas, las causales en las que fundamentó su recurso, y finalmente expuso la argumentación del mismo, requiriendo se case el fallo impugnado, y que por tanto se dicte el que en derecho corresponda. La contraparte expuso sus argumentos, relacionados a la adecuada concepción y aplicación de las normas relacionadas al caso en la sentencia de instancia, solicitando que se la ratifique. 2.3.- Respecto al caso quinto, por: a) por aplicación indebida del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República; y, por falta de aplicación de los preceptos jurisprudenciales obligatorios determinantes en la parte dispositiva de la sentencia.- La entidad pública recurrente, en lo que refiere a la aplicación indebida de la norma constitucional acusada, expone: “En el presente caso, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, en la sentencia recurrida, aplica indebidamente la norma constitucional contenida en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto ésta no es llamada a regular en el presente caso, ya que el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ningún momento ha sancionado al doctor Otto Montesinos, por un acto u omisión que no esté tipificada en la ley como infracción administrativa, así como tampoco, se le ha aplicado una sanción no prevista en la Ley. El actuar del Tribunal, ha llevado a una conclusión contraria a la realidad de los hechos”. Este error o vicio “in iudicando”, se refiere a la violación de la norma de derecho que acarrea una conclusión contraria a la realidad de los hechos, en este tipo de impugnaciones prima el interés general sobre el particular. La aplicación indebida se la entiende también como la impertinencia de la norma al asunto litigado. Con mucha razón varios autores señalan que este hecho se produce cuando se subsumen indebidamente los hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente se estima aplicable o se comete error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal o la tesis del caso concreto. En numerosos fallos de la ex Corte Suprema de Justicia, se ha señalado que existe el vicio de “aplicación indebida” cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso. (...) la aplicación indebida entrañaría un error de selección. . En la especie, la garantía constitucional que se acusa de indebidamente aplicada, no resulta impertinente a la controversia, es decir, su aplicación en el contexto de la resolución le otorga más bien una visión general a la teoría del caso tratado, distinto yerro es que se les haya dado una interpretación errónea en la subsunción con el hecho fáctico. En lo que respecta a la falta de aplicación de los preceptos jurisprudenciales obligatorios determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, la recurrente, argumenta: “En la sentencia impugnada, sin embargo de haberlo considerado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, no aplicó la sentencia emitida el 5 de agosto de 2008 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, precepto jurisprudencial dentro del cual manifiesta: “(...) el error judicial inexcusable ha sido entendido como aquel que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere del carácter de falta grave que amerita la máxima sanción disciplinaria, esto es, la

destitución”. Al respecto, es oportuno señalar que si bien, son absolutamente respetables los criterios expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus respectivas sentencias, los mismos no constituyen preceptos jurisprudenciales obligatorios, toda vez que, las disposiciones jurisprudenciales de carácter obligatorio, privativamente las conoce y emite la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, al no verificarse la consumación y trascendencia del vicio de indebida y falta de aplicación acusado, se rechaza el recurso de casación por este extremo. 2.4.- Respecto al caso segundo y caso quinto: a) por falta de aplicación de los artículos 125 y numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial; b) por errónea interpretación del inciso primero y numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.- La Directora Jurídica del Consejo de la Judicatura con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, alega que: “...en el presente caso, se evidencia que en la sentencia recurrida existe contradicción e incompatibilidad, pues resulta contradictorio determinar y resolver en la sentencia, que la resolución emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura es nula porque existe falta de motivación, si el mismo Tribunal en el numeral 7 expresó que el sumariado pudo ejercer su derecho a la defensa y se observó el debido proceso dentro del trámite administrativo. Si en el sumario no existió violación al debido proceso, es porque todas y cada una de las garantías determinadas en el artículo 75 de la Constitución de la República, fueron observadas por la autoridad sancionadora incluyendo la motivación en la resolución de destitución (...) En el presente caso, del análisis de la sentencia recurrida, se evidencia que ésta no es razonable, por cuanto no realiza un análisis constitucional ni legal de la infracción cometida por el doctor Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo, pues dentro del juicio contencioso administrativo, se demostró que el ex servidor judicial en su calidad de Juez, remató y adjudicó dicho remate por la totalidad de un bien inmueble, cuando lo que debió hacer era disponer el remate del 20% de los derechos y acciones de dicho inmueble, entregándosele inexplicablemente la totalidad de dicho inmueble al rematista de los derechos y acciones; sin embargo, nada de ello menciona el Tribunal en la sentencia impugnada...”. En la relación lógica sobre el yerro acusado y lo expuesto en la sentencia impugnada, el Tribunal ad-quo en lo pertinente considera: “Al respecto, este Tribunal determina que el sumario administrativo instaurado en contra del ahora demandante, ha observado el procedimiento establecido en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, así también se concluye que existe evidencia procesal que el accionante fue notificado con la instauración del sumario administrativo; que éste contestó los cargos del sumario administrativo planteado en su contra, contando para este propósito con la información necesaria; así mismo, se evacuó la prueba solicitada por el sumariado; y, finalmente, se ha verificado que dentro del procedimiento administrativo sancionador contó con el auspicio de su abogado defensor. A su vez el accionante en su demanda no ha acusado error o vicio alguno, relacionado con la sustanciación del sumario administrativo en su contra.- Una vez verificado el procedimiento adoptado por la administración dentro del sumario administrativo, corresponde en este punto despejar el punto controvertido; esto es las alegaciones efectuadas por el accionante en su demanda y que se limitan, en resumen, a la prescripción y a la inexistencia, al momento del cometimiento de la infracción, de norma que tipifique y sancione su conducta como “error inexcusable”. En ese orden, se debe precisar que los vicios que pueden afectar la validez de un acto administrativo son de distinta naturaleza y efectos, distinguiéndose así la sanción de ilegalidad y nulidad. La declaratoria de nulidad de un acto administrativo, entraña vicios graves de procedimiento, vulneración de las garantías constitucionales, incompetencia de la autoridad pública, violación al debido proceso y el derecho a la defensa. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema y la actual Corte Nacional de Justicia, sobre la sanción de

nulidad e ilegalidad de los actos administrativos, ha adoptado una posición reiterativa, que se traduce en la siguiente concepción: “la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en tratándose de un recurso subjetivo como es el propuesto por el recurrente. Siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión, se está ante un acto ilegal; mas tal acto ilegal es nulo únicamente cuando se encuentra en uno de los casos determinados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, cuando lo ha emitido una autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no han precedido para su emisión los requisitos y condiciones señalados por la ley correspondiente; es decir cuando, de acuerdo a la doctrina, no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo; el acto ilegal evidentemente existió, sólo que no es eficaz; en tanto que al acto nulo se lo reputa inexistente (...) Por tanto, la falta de motivación de un acto administrativo genera su nulidad”. (Resoluciones No. 116- 2006, de 24 de abril de 2006, caso No. 239- 2003; Resolución No. 276-2010, de 12 de agosto 2010, caso 115-2008; Resolución 24-2009, de 18 de febrero de 2009, caso 313-2006). Así, las cosas, en el fallo impugnado, no se establece la relación lógica de los elementos fácticos y jurídicos que deben confluir para que proceda la declaratoria de nulidad, la cual constituye la sanción más grave para la actuación administrativa; por el contrario, la sentencia materia de análisis, hace énfasis en que la entidad pública recurrente en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador ha observado la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable para el efecto, ha considerado las garantías al debido proceso, en virtud de que al actor se le ha reconocido plenamente su derecho a la defensa y el correspondiente ejercicio de contradicción, además, sostiene el tribunal ad quo, que el contenido del acto administrativo cumple con el requisito de comprensibilidad, no obstante de lo cual, finalmente resuelve declarar la nulidad de la Resolución expedida el 25 de mayo de 2016 por el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del sumario disciplinario No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM. En el cotejamiento de las distintas piezas argumentativas recogidas en el fallo, se aprecia evidentemente contradicción e incompatibilidad, toda vez que, el tribunal ad quo, sostiene premisas que conllevan a conclusiones contrarias, como en el caso constituye la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado. En esa línea, se aprecia además, la deficiente motivación de la sentencia, cuando en sus considerandos, se abstiene de referirse a la conducta del sumariado, la cual provocó se instaure el procedimiento administrativo en su contra, y que consiste en que: el juez sumariado remató y adjudicó la totalidad de un bien inmueble, cuando lo que correspondía era disponer el remate del 20% de los derechos y acciones de dicho inmueble, entregándole inexplicablemente la totalidad del inmueble al rematista de los derechos y acciones”. Dicha incorrección, fue advertida severamente por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de inadmisión de 21 de octubre de 2014, cuando señalan: “SEXTO.- Decisión.- En ese contexto jurídico, considerando que la Constitución de la República, incluye en sus principios la interpretación normativa “pro homine”, para darle mayor alcance a la tutela de los derechos que en ella se consagran, a manera de cláusula abierta, para rescatar el buen nombre de la Institución Administración de Justicia, el Tribunal determina que, no se puede confundir el AGRAVIO (aquel previsto para acceder a la casación) respecto de bienes no controvertidos, CON ERROR INEXCUSABLE asociado a un ERROR DE CÁLCULO, que de manera prominente, burda e imperdonable en el caso, bajo el amparo de los señores jueces de instancia, que a su turno conocen de los procesos, en las que no han realizado la obligatoria separación de las cosas sobre las que ejercen competencia, entre las que no se encuentra la parte del bien adquirido por Melba Fernández Arias, que sin embargo, ha sido entregada graciosamente a su contraparte. Con los fundamentos que anteceden, en aplicación de los artículos 17 inciso primero, 124, 130, 131 y 201

numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, por existir indicios de responsabilidad administrativa, se dispone que se envíen al Consejo de la Judicatura, copias de las piezas procesales de las que se desprenden los hechos relatados, a fin de que se investigue la conducta de los señores jueces que han intervenido en este caso, a fin de que establecidos los hechos, se proceda a las sanciones a las que haya lugar. El recurso de casación y el de hecho, en este caso, no prospera, porque no puede existir agravio sobre los bienes personales de la casacionista que no han sido parte de la demanda, por tanto se los RECHAZA, no obstante se deja a salvo los derechos de la Lcda. Melva Fernández Arias, para ejercer las acciones legales necesarias para la reparación integral de los mismos”. De la transcripción textual del auto referido, se aprecia que son los jueces jerárquicos, quienes reconocen el error inexcusable en el que incurrió el juez sumariado, lo que deviene ciertamente, en la falta de aplicación en la sentencia impugnada, del artículo 125 y numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judiciales, que establecen: “Art. 125.- Actuación Inconstitucional: Sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiera lugar, las juezas y jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que en la substanciación y resolución de las causas, hayan violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República, serán sometidos a procedimiento administrativo, siempre que, de oficio o a petición de parte, así lo declare el tribunal que haya conocido de la causa vía recurso, o que el perjudicado haya deducido reclamación en la forma prevista en este Código, sin perjuicio de que se pueda también presentar la queja en base a lo establecido en el artículo 109 número 7 de este Código. Art. 131.- Facultades correctivas de las juezas y jueces.- A fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben: 3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones”. Las referidas disposiciones, guardan estrecha relación con la actuación censurable del sumariado y la infracción imputada, de tal forma que resultan relevantes para la resolución de la controversia, influyendo notablemente en la decisión de la causa. En la especie, el análisis de los jueces, se remite privativamente a que la falta imputada no estaba vigente, y para el efecto hace el siguiente planteamiento: “Al respecto, es necesario señalar que el Código Orgánico de la Función Judicial, fue emitido mediante Ley 0, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009. En el numeral 7 del artículo 109 de dicho cuerpo normativo se incluye la figura del error inexcusable y negligencia manifiesta. La citada norma en su parte pertinente dispone: “Art. 109.- INFRACCIONES GRAVÍSIMAS.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá la sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: (...) 7. Intervenir en las causas que deba actuar como fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. La referida norma, en los términos expuestos, se mantuvo vigente hasta el 13 de julio de 2011 cuando mediante Resolución Legislativa No. 00, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011 se reforma dicha disposición en el siguiente sentido: “7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. (...) Por lo expuesto debemos considerar dicha fecha 16 de noviembre de 2009, como aquella en la que el accionante como Juez Séptimo de lo Civil de Loja con sede en Catamayo con manifiesta negligencia y error inexcusable. Como se evidencia a la fecha antes referida, únicamente los fiscales y defensores públicos podían ser sancionados por manifiesta negligencia y error inexcusable, pues la norma se amplió a los jueces, recién el 13 de julio de 2011”. En ese sentido, se debe considerar varios elementos: a) El

inciso primero del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, bajo el título de infracciones gravísimas, antes y después de la reforma del 13 de julio de 2011, disponía que a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá la sanción de destitución siempre que incurra en una de las conductas detalladas en dicho artículo, es decir, la sanción de destitución es extensible a todos los operadores de justicia, sin distinción alguna; b) La conducta antijurídica denominada “error inexcusable” es propia de la actividad del Juzgador, sin que evidentemente, la comisión de dicha infracción, excluya a otro operador de justicia. Para que un error de derecho pueda ser calificado como inexcusable es condición tanto suficiente como necesaria que exista un precepto jurídico que siendo legítimo y estando vigente, contenga un mandato positivo o negativo que fuese claramente identificable, preciso y unívoco, es decir, no susceptible de interpretaciones jurídicas aceptables; caso en el cual, constituirá un error inexcusable cuando el operador de justicia se separe de toda interpretación admisible, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica. El error inexcusable se define como aquella equivocación crasa y palmaria cometida por un juez que produce efectos procesales irremediables; c) Sobre el principio de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, el catedrático argentino Pedro Jorge Coviello, manifiesta que: “Sabemos que en derecho penal la exigencia es estricta. Mas no ocurre lo mismo en este ámbito donde las situaciones en diversos campos de la actuación administrativa muestran cambios constantes (...) Sobre este punto, se señaló que aunque el principio de tipicidad se conserve, “no mantiene su mismo rigor” en este campo, en atención a que no interesa tanto la estricta descripción formal de la infracción, como la concepción excluyente de lo que dará lugar a la incriminación. Por otra parte, CASSAGNE ha sostenido que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y abiertas, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos”. (Jorge Coviello Pedro, ponencia “Base constitucional de la potestad sancionadora”, Derecho Administrativo en el siglo XXI, Adrus D&L Editores, Lima 2013, página 478); d) En la especie, el juez sumariado, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, ejerció su defensa respecto a las actuaciones irregulares constantes en las providencias de 16 de noviembre de 2009 y la de 18 de febrero de 2010, mediante las cuales dispuso y adjudicó indebidamente el remate de un bien inmueble en detrimento de los derechos que le correspondía a uno de los propietarios, hecho grave e injustificable jurídicamente, que causó efectos irreparables respecto a la señora Melva Fernández Arias, quien ni siquiera fue parte procesal en el juicio ordinario de tercera instancia excluyente. En consecuencia, desde el inicio del sumario disciplinario la incorrección imputada al sumariado estuvo claramente definida y entendida por el actor, respecto de la cual ejerció su línea de defensa, imputación que nunca varió en la sustanciación y hasta la conclusión del procedimiento administrativo sancionador. La inobservancia de las circunstancias anotadas en los literales referidos, ha conducido al Tribunal Ad quo a realizar una interpretación errónea del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial en su integridad. En base al análisis expuesto y al haberse evidenciado los vicios contenidos en el caso segundo y caso quinto por la falta y errónea interpretación de las normas analizadas se acepta el recurso de casación. III.- DECISIÓN 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, acepta el recurso de casación interpuesto por la Directora Nacional de

Asesoría Jurídica y Delegada del Director General del Consejo de la Judicatura y en consecuencia casa la sentencia dictada el 15 de febrero de 2017 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, dentro del juicio ordinario contencioso administrativo No. 11804-2016-00187 deducido por Otto Garmalbin Montesinos Guarnizo en contra del Consejo de la Judicatura. Conforme la fundamentación recogida en el numeral 2.4 de la presente resolución y en aplicación del numeral 3 del artículo 273 del COGEP, se confirma la legalidad y validez del acto administrativo impugnado constante en la resolución No. No. MOT-0280-SNCD-2016-JLM de 25 de mayo de 2016.- Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.